

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año LXXXIX • Julio-Agosto 2013 • Núm. 738

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con las
opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Don Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual: cuestiones resueltas y pendientes de resolución», por MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN	2173
«Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar», por CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ.....	2203
«Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», por FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ.....	2253
«Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores», por INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA	2329

DICTÁMENES Y NOTAS

«Reconstrucción y Registro (II): Reorganización de la propiedad», por JORGE LÓPEZ FERNÁNDEZ.....	2353
«Procedimiento extrajudicial hipotecario (I): Consideraciones doctrinales», por MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE y GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA Y ELÍA	2423
«Procedimiento extrajudicial hipotecario (II): De sus consecuencias y lanzamiento», por MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE y GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA Y ELÍA.....	2447
«Procedimiento extrajudicial hipotecario (III): Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios, y de otras consideraciones», por MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE y GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA Y ELÍA.....	2463

«Los suelos contaminados y el Registro de la Propiedad», por FRANCISCO SORIANO LLORENS.....	2477

DERECHO COMPARADO

«Aspectos societarios de la denominada Operación Acordeón, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 00228-2009-PA/TC)», por OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO.....	2505

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	2541

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «Abuso de derecho: nacimiento y evolución jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2583

1.2. Derecho de familia:

— «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario en la vivienda arrendada», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT.....	2596

— «Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....	2650

1.3. Derechos reales:

— «El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE, de 14 de marzo de 2003, y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	2667

1.6. Responsabilidad Civil:

- «Acoso u hostigamiento inmobiliario y responsabilidad civil: consecuencias de la nueva tipificación penal propia y la actual previsión de delitos o faltas contra las personas o el patrimonio», por ARACELI DONADO VARA..... 2691

1.7. Concursal Civil:

- «Las sentencias del TJUE, de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013 y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS..... 2716

2. MERCANTIL

- «Swap y synalagma», por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2771

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- «Constatación registral de la terminación de obras previamente declaradas e inscritas durante su construcción y contrastes entre los diferentes supuestos de declaración», por EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN..... 2791

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2809

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales», de ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, PEDRO DE POZO CARRASCOSA y ANTONI VAQUER ALCOY, por JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE..... 2863
- «La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil», de ANTONIO LEGERÉN MOLINA, por M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO 2864

REVISTA DE REVISTAS 2871

ESTUDIOS

La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual: cuestiones resueltas y pendientes de resolución

por

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ EL FIDEICOMISO DE RESIDUO?
- II. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA:
 1. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FIDUCIARIOS.
 2. LA OBLIGACIÓN DE CONSERVAR DEL FIDUCIARIO Y LA SUBROGACIÓN REAL.
- III. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ES UN LLAMAMIENTO CONDICIONAL.
- IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO IMPLICA LA SUSTITUCIÓN VULGAR DEL FIDUCIARIO POR EL FIDEICOMISARIO.
 1. EL FIDEICOMISARIO HEREDERO DEL TESTADOR Y SUSTITUTO VULGAR DEL FIDUCIARIO.
 2. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.
- V. CONCLUSIONES.
- VI. REFLEXIÓN FINAL: «SIEMPRE LA BUENA FE...»

I. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ EL FIDEICOMISO DE RESIDUO?

Escribir sobre este tema, tan residual (como su propio nombre indica) del Derecho Civil, casi obliga a justificar la elección. Ciertamente, ha sido el desconocimiento, la curiosidad, la que me ha motivado a estudiarlo. Al principio, sin intención de escribir nada, simplemente, porque lo estaba preparando para mis clases de Derecho de Sucesiones, y, al profundizar sobre su concepto, empezaron a surgirme dudas, preguntas... que, entonces, no sabía responder.

Buceando en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia, encontraba respuestas que, a su vez, me formulaban nuevos interrogantes. Lo que empezó siendo una mera curiosidad estaba convirtiéndose en un proceso de investigación cada vez más interesante y en el que iba, poco a poco, asumiendo nuevos retos. Una de las razones que hizo aumentar mi interés por la materia fue descubrir que no es, como alguno puede representarse, un tema extraño, poco frecuente, sino que, con cierta regularidad, los operadores jurídicos deben responder a litigios planteados por su causa. Además, tampoco es un tema en el que no exista discusión, pues, por el contrario, han existido importantes cambios en su concepción, del que derivan relevantes consecuencias en orden a diseñar su régimen jurídico. Y cuando el Código Civil no regula una institución (como sucede con esta), los cambios y vaivenes de la doctrina y jurisprudencia cobran una trascendencia más que relevante.

Finalmente, añadiré un motivo más. El estudio del fideicomiso de residuo como sustitución fideicomisaria es una oportunidad inestimable para un investigador de acercarse a estructuras complejas de nuestro Derecho y, al mismo tiempo, cuestionarse conceptos, instituciones, que hasta entonces parecían inamovibles.

Estoy segura que este será solo un primer trabajo, pues con él se han abierto puertas que no son fáciles de cerrar.

II. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

De las cuestiones apuntadas en este estudio es esta, sin lugar a dudas, la más fácilmente resuelta y que, actualmente, menos problemas suscita en la aplicación del Derecho¹. Pero no por ello vamos a obviarla o, más aun, dejar de dedicarle

¹ No podemos desdeñar ni obviar la tesis, eso sí superada, mantenida por DE DIEGO, Felipe Clemente, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, Editorial Reus, Madrid, 1926, que, defendiendo su validez, niega que comparta la naturaleza jurídica ni de la fiducia ni de las sustituciones fideicomisarias (págs. 106 y 107). Algún pronunciamiento jurisprudencial, como la sentencia del TS, de 13 de noviembre de 1948, Colección Legislativa, 30, pág. 303, citada por ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a*

unas líneas a los aspectos derivados de esta afirmación que generan algún tipo de controversia o que, de su aceptación, se producen consecuencias jurídicas relevantes a la hora de construir el régimen jurídico de esta figura.

Es sabido y repetido hasta la saciedad por aquellos que se han ocupado de estudiarlo, que el fideicomiso de residuo, aunque no está expresamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, se infiere, sin dificultad, del último inciso del artículo 783 del Código Civil. Por ello, no vamos a entrar en una discusión que no es tal, en la medida que, habiendo sido superada, nadie discute, ni en la doctrina² ni en la jurisprudencia³, si nuestro ordenamiento jurídico recoge bajo sus mimbres el fideicomiso de residuo como una modalidad de sustitución fideicomisaria.

No obstante, de la afirmación irrefutable que precede a estas líneas podemos partir para reflexionar sobre otras cuestiones, íntimamente relacionadas con esta que, sin desvirtuar dicha afirmación, nos permiten precisar y afinar el sentido de la misma; y no están, en modo alguno, exentas de consecuencias jurídicas. A ello nos dedicamos a continuación.

1. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO Y LOS NEGOCIOS JURÍDICOS FIDUCIARIOS

A pesar de las reticencias doctrinales a admitir la división de la propiedad implícita en la admisión de los negocios fiduciarios en nuestro Derecho, existen algunas figuras en las que dicha discusión está presente, mal que le pese a algunos puristas. En verdad, no podemos predicar un régimen del fideicomiso igual al existente en otros ordenamientos jurídicos⁴, en los que este aparece

un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 139, nota a pie núm. 167. Más recientemente, STS de 13 de marzo de 1989, *RJ* 2039/1989, dice: «fideicomiso de residuo, figura que aun sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores», y pone, en consecuencia, en duda su naturaleza de sustitución fideicomisaria.

² Por todos DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, págs. 31 a 43.

³ Aún admitiendo que presenta sus peculiaridades, como dice la STS de 22 de julio de 1994, *RJ* 1994/6578 («...lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones con deber de conservar comprendidas en el art. 781 del CC, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores...»), no existe ningún pronunciamiento que haya negado su naturaleza jurídica de sustitución fideicomisaria. Remontándonos a los primeros pronunciamientos en esta línea, vid. SSTS de 25 de mayo de 1925, 16 de noviembre de 1944 y 6 de abril de 1954, citadas por DÍAZ ALABART, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, cit. págs. 34 y 35.

⁴ Más significativo, por su proximidad, el Derecho alemán, que dada la abstracción de sus relaciones negociales, encuentra un espacio más favorable a la vigencia de los fideicomisos, o patrimonios donde se manifiesta la propiedad de los mismos dividida entre dos sujetos. El causalismo típico del Derecho continental dificulta el reconocimiento abierto de esta figura. La

como una institución insoslayable y dotada de una importante tradición en su forma de proceder. Pero tampoco negarnos a admitirlo en algunos supuestos, como el que nos ocupa, donde pueden, sin mucha dificultad, apreciarse los rasgos característicos de este tipo de negocios.

Si entendemos por fideicomiso «la relación jurídica por la que una persona recibe de otra un encargo que ha de cumplir con unos bienes determinados cuya propiedad se le transmite a título de confianza»⁵, las sustituciones fideicomisarias, en general, encajan a la perfección en el significado atribuido a esta modalidad de relaciones.

En este sentido, podemos afirmar en primer lugar que en toda sustitución fideicomisaria existe un encargo del causante o fideicomitente al primer llamado o fiduciario. La extensión del encargo y su contenido vendrán definidos por la voluntad del fideicomitente expresada en el testamento, pues, no en vano estas son sustituciones testamentarias que precisan, para su nacimiento, la constancia escrita y expresa⁶ del causante. Desde esta óptica se justifica fácilmente la afirmación, repetida hasta la saciedad⁷, que sostiene que el alcance de la sus-

reforma del Código Civil francés ha propiciado, de forma tímida, la inclusión del fideicomiso *inter vivos*, aunque limitado a la persona jurídica como fideicomitentes, y como fiduciarios establecimientos mercantiles habilitados oficialmente para ello. La ley número 2007-211, de 19 de febrero de 2007, que instituye la fiducia, restablece en el libro III del Código Civil francés un título, el XIV, donde se contienen los artículos 2011 a 2031. En ellos y, concretamente, en el 2011 se define la fiducia como la operación mediante la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado en provecho de uno o varios beneficiarios. Conforme al artículo 2012, el contrato de fiducia es nulo si no es oneroso y afirmando que ésta es una nulidad de orden público. Los artículos 2018 y 2019 establecen ciertos contenidos del contrato de fiducia que deben cumplirse bajo «pena de nulidad». En este sentido el artículo 2018 determina que debe hacerse constar en el contrato los bienes, derechos y garantías transferidos y si son futuros, deben ser determinables; la duración de la transmisión que no podrá durar más de treinta y tres años a contar desde la firma del contrato; la identidad del o los constituyentes; la del o los fiduciarios; la del o los beneficiarios o, en su defecto las reglas que permitan su designación y la misión del o los fiduciarios, así como la extensión de sus poderes de administración y disposición. Siguiendo con esta reflexión, el negocio jurídico fiduciario sí goza de un gran acogimiento en Derecho anglosajón, con la figura del *Trust* que tanto predicamento posee en el tráfico jurídico. A mayor abundamiento, vid. ARESPOCHAGA, Joaquín, *El Trust, la fiducia y figuras afines*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 18 a 22; también, ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., págs. 47 a 57.

⁵ La definición es de ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., pág. 1.

⁶ Artículos 783 y 785.1.º del Código Civil.

⁷ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., págs. 117 a 121.

titución fideicomisaria debe inferirse de la interpretación del testamento, pues es la voluntad del testador, como autor del encargo, el que está legitimado para construirlo y definirlo. Cualquier otra consideración sobre el régimen jurídico del fideicomiso testamentario es siempre supletoria y operará cuando no pueda deducirse la voluntad del fideicomitente, bien porque no esté clara, bien porque no se haya expresado.

Continuando con la argumentación, dado que el encargo implica la división de la propiedad, excepción al régimen general, la interpretación del mismo debe ser una interpretación estricta. Efectivamente, la sustitución fideicomisaria supone la manifestación más clara (si no la única) del fideicomiso en Derecho español⁸; en la medida que el causante divide transitoriamente (solo dos generaciones máximo) la propiedad sobre determinados bienes, atribuyendo a un primer llamado una serie de facultades sobre esta (que pueden incluir la total disposición, para el caso del fideicomiso de residuo), mientras el segundo llamado conserva también un derecho sobre los bienes, de contenido no definido en el caso del fideicomiso de residuo. El contenido, pues, no es igual en ambos tipos de sustituciones fideicomisarias, aunque el derecho, en su naturaleza, sí es idéntico. Ambos tienen derecho sobre el bien sometido al régimen sustitutorio, pudiendo, por ello, transmitirlo *inter vivos* o *mortis causa* antes de su completa realización⁹.

En la estructura de las sustituciones fideicomisarias se ubica, como sustentadora, la confianza o fiducia del causante en el primer llamado o fiduciario. En verdad, estas instituciones no se justifican si no pivotan sobre este sentimiento que el testador tiene en la persona del que recibe, en primer término, los bienes objeto del fideicomiso. No es, en modo alguno, la primera ni la única vez que la confianza se encuentra presente en las relaciones jurídicas; tampoco lo es que, sobre esta, se excepcione algún principio general de nuestro Derecho. Si miramos a los contratos, nos encontramos con el mandato o el contrato de prestación de servicios, instrumentos que se apoyan en la confianza del mandante en el mandatario, en cualquier caso, y del cliente en la figura del profesional, cuando el contrato de servicios versa sobre servicios profesionales. Es la confianza la que autoriza al legislador para excepcionar el régimen general de ineficacia que impide dejar al arbitrio de los contratantes el cumplimiento de lo pactado (art. 1256 CC); ello convierte al mandato en un contrato revocable por el mandante y al contrato de prestación de servicios en un contrato desistible por el cliente. En ambos casos, es la pérdida de la confianza la que legitima al

⁸ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica. Proyección de la cesión en confianza para adscribir patrimonios a un encargo de gestión en el ordenamiento jurídico español*, cit., pág. 115, califica a las sustituciones fideicomisarias como «ejemplo más representativo» del fideicomiso en nuestro Derecho. En esta línea, ARESPACOHAGA, *ob. cit.*, pág. 122, encuentra paralelismos significativos entre la sustitución fideicomisaria y el *trust* anglosajón.

⁹ Expresamente el artículo 784 del Código Civil.

mandante y al cliente para dar por finalizada una relación jurídica contractual que, por definición, debería obligar a ambas partes contratantes por igual, lo que, en puridad, no sucede.

No es, pues, extraño a nuestro ordenamiento jurídico ni la presencia de la confianza como elemento esencial de una relación jurídica, ni tampoco que, en su virtud, se excepcione un principio general esencial y básico del mismo. Por consiguiente, y en este escenario, no es extraño admitir que en las sustituciones fideicomisarias tiene lugar un auténtico fideicomiso¹⁰ en el que, por la fiducia y a causa de esta, se produce la división de la propiedad entre dos sujetos, de forma transitoria y sin que dicha división exima a los titulares de responder de las deudas del causante. Porque podemos afirmar, que tanto el fiduciario como el fideicomisario son titulares del bien objeto de la sustitución, y lo son desde el fallecimiento del causante, aunque los derechos que ostenten sobre los bienes presenten alcance y contenido diferentes.

Pues bien, admitida como premisa inicial que el fideicomiso de residuo es una variante de las sustituciones fideicomisaria, y como quiera que estas ostentan los caracteres apuntados, queda pues aplicarlos a la figura que estudiamos donde, ya adelantamos, adquieren un mayor significado algunas de las cuestiones adelantadas. Así, por ejemplo, la interpretación estricta del encargo, por ser un encargo de «más envergadura» será, con más motivo, objeto de una interpretación más estricta si cabe.

Definido el fideicomiso de residuo por la facultad que el testador le otorga al fiduciario para disponer de los bienes objeto de este, de tal forma que el fideicomisario recibirá lo que reste después de su uso y/o disposición, se proyecta, como se ha indicado, con más intensidad la confianza que el testador tiene en

¹⁰ No opina así DOMINGO AZNAR, Antonio, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 67 a 69. Este autor mantiene que fideicomiso y sustitución fideicomisaria son dos instituciones diferentes, a pesar de iniciar su estudio en la página 11 con las siguientes definiciones de fideicomiso: «una disposición por la cual se obliga a un heredero, donatario por causa de muerte o en capítulos matrimoniales, legatario o fideicomisario, que entregue a otro uno o varios objetos determinados, la herencia entera o bien una cuota parte de ella» (ROGER), «todo lo que deja el testador a uno para que lo entregue a otro, o bien la herencia o parte de ella que el testador ruega, encarga o manda al heredero restituir» (ESCRICHE), «un llamamiento por voluntad a la sucesión mortis causa, en virtud del que la persona favorecida, recibe los bienes de la herencia no directamente, sino por conducto de otra persona expresamente designada por el testador para este fin» (SÁNCHEZ ROMÁN). Digo «a pesar» porque de la dicción de estos textos no pueden más que constatarse paralelismo y similitudes (sino plena identificación), entre lo que llaman fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias, tal y como son reguladas en el Código Civil. El *quid* de su razonamiento lo sitúa en considerar que no se trata de dos sujetos llamados al mismo tiempo pero con derechos distintos sobre el mismo bien (tal y como mantenemos y defenderemos a lo largo de este trabajo), sino de dos llamados sucesivamente, y no, pues, una doble liberalidad: hay un solo heredero (el fideicomisario) al que llegan los bienes por medio de un sujeto interpuesto (fiduciario) que actúa como cadena de transmisión.

el primer llamado en esta figura. Ciertamente, no se entendería ni justificaría su existencia si no fuera por la confianza que el causante deposita en el fiduciario, confianza que le manifiesta al dejarle total disposición sobre una masa de bienes de la que no es el destinatario final. Porque, si algo hay claro en este juego de transmisiones, es que es voluntad del causante que el fideicomisario reciba todo o parte de los bienes ya que, de otra forma, no hubiera creado el fideicomiso de residuo. Esta voluntad del fideicomitente no puede obviarse y, junto con la confianza implícita en el encargo, debe ser tenida en cuenta por el intérprete a la hora de limitar la facultad de disposición del fiduciario. En este sentido, pues, debemos entender que si nada se dice por el testador quedarán excluidas las disposiciones a título gratuito y, asimismo, en relación a las transmisiones onerosas, predicar la sustitución de los bienes de los que hubiera dispuesto por medio del mecanismo de la subrogación real. Pero de ello nos ocuparemos, con más detenimiento, más adelante.

Finalmente, mantenemos que también en el fideicomiso de residuo existen derechos sobre los bienes tanto para el fiduciario como para el fideicomisario desde el momento del fallecimiento del testador, aunque en el fideicomiso de residuo el contenido del derecho se encuentra indeterminado, pues dependerá de la disposición que de los bienes haga el fiduciario, siempre dentro de los límites marcados por el testador.

2. LA OBLIGACIÓN DE CONSERVAR DEL FIDUCIARIO Y LA SUBROGACIÓN REAL

Tradicionalmente la doctrina ha caracterizado al fideicomiso de residuo como una figura en la que, a diferencia de la sustitución fideicomisaria, no existe la obligación típica de conservar¹¹. Así, se ha dicho hasta la saciedad que son elementos característicos de las sustituciones fideicomisarias la existencia de dos llamamientos y el orden de estos, en cambio, la obligación de conservar es un elemento natural del que el testador puede disponer¹². De esta forma se

¹¹ Afirma CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentario a la Resolución de la RDGRN de 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6279)», en *CCJC*, núm. 65, 2004, págs. 689 a 710, concretamente en la pág. 708, y en relación a la comparación entre sustitución fideicomisaria normal y de residuo: «La diferencia estriba en la falta de conservar los bienes». LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, Sucesiones, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, pág. 264, se hace eco de la afirmación de VALLET DE GOYTISOLO, Juan, en «Fideicomisos a término y condicionales», en *ADC*, 1956, pág. 783 y sigs., quien sostiene que la obligación de conservar es, simplemente, una característica natural de la institución. Pero como se apunta en el texto principal, estas afirmaciones deben ser contextualizadas dentro de una argumentación que, sobre ella, pretende salvar la naturaleza del fideicomiso de residuo como una variante de la sustitución fideicomisaria.

¹² Textualmente, dice DOMINGO AZNAR, Antonio, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria. El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid,

salva el fideicomiso de residuo que puede, así, quedar subsumido como una variante de esta clase de sustituciones.

Sin embargo, es posible, y a ello invito al lector, llegar a una conclusión distinta planteando la cuestión desde otra perspectiva¹³.

Ciertamente, la obligación de conservar los bienes no goza de igual intensidad en la sustitución fideicomisaria normal que en la que hemos llamado de residuo. Pero ello no significa que el fiduciario con facultad de disposición carezca de tal obligación. Incluso dentro del fideicomiso de residuo, se pueden detectar grados en la obligación susodicha establecidos en función de la voluntad del testador. Así, acudiendo a la distinción clásica entre fideicomiso de residuo *si aliquid superit* y *de eo quod superit*¹⁴ que está presente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia¹⁵, podemos detectar la intensidad aludida. En consecuencia, si el fideicomiso de residuo ha sido construido por el testador facultando al fiduciario a disponer de los bienes afectados solo en caso de necesidad, en tanto que dicha necesidad no tenga lugar el fiduciario debe conservar los bienes con la diligencia media exigible, pues estos tienen que ser transmitidos en óptimo estado al segundo llamado, de no presentarse la causa que justifica la disposición. También podemos detectar la obligación en el caso de que el fiduciario se encuentre facultado para disponer, si así lo estimare conveniente y con la amplitud que el causante hubiera manifestado en el testamento.

Esta afirmación se sustenta en la premisa presente en estas reflexiones: el fiduciario no es un propietario pleno de los bienes que constituyen el fideicomiso; aunque esté facultado para disponer, dicha facultad tampoco es, necesariamente, plena, igual que la que ostenta el propietario libre. En la figura del fideicomiso de residuo, como modalidad de sustitución fideicomisaria, se encuentra implícita la voluntad del fideicomitente de que el fideicomisario reciba una serie de bienes ya que, de otro modo, no hubiera recurrido a la figura y, directamente, hubiera nombrado al fiduciario heredero o legatario sin más. Lo que sucede en el

1999, págs. 82 y 83: «...la sustitución fideicomisaria tiene dos características esenciales y una natural. Son las dos primeras la pluralidad de llamamientos y el orden sucesivo de los llamados. La natural es la obligación de conservar los bienes o su disponibilidad...».

¹³ De forma semejante lo hace ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «La sustitución fideicomisaria de residuo», en *RDP*. 1975, págs. 186 y sigs.

¹⁴ El problema que presenta este tipo de fideicomiso de residuo reside en la calificación de «necesidad», que justifica la facultad dispositiva. En este sentido, RDGRN de 22 de marzo de 2011, *RJ* 2011/2571, que rechaza que tal necesidad exista cuando se enajenan bienes con un precio aplazado, pues «necesidad» implica urgencia que este dato desmiente, declarando nula, en consecuencia, dicha transmisión.

¹⁵ Como muestra extractamos el siguiente fragmento de la STS de 6 de febrero de 2002, *RJ* 2002/993: «...es claro que se está en presencia de la modalidad de residuo acorde con si aliquid superit, esto es, con el efecto transmisivo “si algo queda”, en clara contraposición con la otra especie inserta en la fórmula, igualmente de residuo si eo quod superit o transmisión sucesiva a favor de los afines a su cualidad fideicomisaria sobre “de aquello que deba quedar”».

fideicomiso de residuo es que dicha voluntad la deja a la buena fe del fiduciario, persona en la que confía, y, por tanto, el encargo que le realiza es de mayor entidad que el que tiene lugar en las sustituciones fideicomisarias normales¹⁶. En el caso de que solo ostente la facultad dispositiva si hubiera necesidad, el testador desea que el último llamado reciba la cosa gravada, pero entiende que puede darse un supuesto, para él prioritario a esta voluntad, que es el hecho de que la persona en la que confía se encuentre en una situación de necesidad. Ello es tanto como afirmar que “quiero que el fideicomisario reciba estos bienes pero quiero más que el primer llamado no pase necesidad alguna; por lo que, si así fuera, en virtud de esa prioridad te faculto a disponer de ellos”. Sin embargo, de esta situación no se deduce que el fiduciario no deba conservar los bienes en tanto no disponga de estos, pues el testador no le exime de esta obligación, y, evidentemente, es su voluntad que los bienes que pueda recibir el segundo llamado se encuentren en perfecto estado.

Siguiendo con el hilo argumental, si la facultad de disposición es mayor, ello supone que la confianza en el fiduciario también lo es y que, en consecuencia, se prioriza por el causante el deseo de que el fiduciario reciba los bienes gravados antes que el fideicomisario, y que los disfrute más ampliamente pudiendo disponer a su antojo en la modalidad que haya dispuesto; facultad que, lógicamente, se encontrará limitada o mediatizada por el principio de buena fe¹⁷. En consonancia con lo anterior, y en la medida que existe la voluntad de que el fideicomisario se beneficie de los bienes que comporta el fideicomiso, la interpretación sobre el contenido de la facultad dispositiva es estricta; así, si nada se ha dispuesto deberá entenderse que comprende solo la disposición onerosa, debiendo manifestarse de forma expresa o, al menos inferirse de la interpretación del testamento, que el causante lo legitima para disponer lucrativamente de los bienes¹⁸. En principio, debe descartarse la posibilidad de que el fiduciario esté facultado para disponer *mortis causa* de los bienes, aunque ello no impide al causante establecerlo si así es su voluntad. De todas formas, sí se ha de advertir que una redacción amplia de las facultades dispositivas pudiera ser interpretada incluyendo ambas modalidades, aunque limitadas a negocios

¹⁶ De forma llamativa llega a la conclusión opuesta la SAP de Ávila, de 17 mayo de 2000, AC 2000/1459, que califica el fideicomiso de residuo como una modalidad «seudo fiduciaria» condicional, porque el fiduciario no tiene obligación alguna de conservar.

¹⁷ La sentencia de la SAP de Zaragoza, de 6 julio de 1996, AC 1996/1352, se aleja de los planteamientos que mantenemos en el texto principal. En este sentido afirma: «...disponer de los bienes del fiduciario con ánimo de no dejar nada al fideicomisario, no es actuación dolosa, abusiva o fraudulenta, pues quien le deja libertad para enajenar a su libre voluntad y sin necesidad, le deja libertad para que eventualmente, a su libre voluntad prive de bienes al fideicomisario...».

¹⁸ La jurisprudencia es unánime en este punto. Entre otras, STS de 22 de julio de 1994, así como la jurisprudencia citada en ella. Más recientemente, SSTS de 12 de febrero de 2002, RJ 2002/3191 y de 13 de mayo de 2010, RJ 2010/3694.

inter vivos; no obstante, la legitimidad dispositiva *mortis causa* precisa que así se exprese con literalidad¹⁹. Aunque no vamos a entrar en ello, sí apuntar, al menos, que entendemos que en caso de que el fiduciario se encuentre legitimado, de forma expresa, para la disposición *mortis causa* de los bienes integrados en el fideicomiso, esta figura no es, en puridad, un fideicomiso de residuo, en los términos que estamos abordando. Sería más correcto calificarla como una «sustitución preventiva de residuo»²⁰. Y ello porque el segundo llamado no es más que un sustituto del primero, en lo que quede después de ejercitar la facultad dispositiva *inter vivos* (o en su totalidad, si no hubiera dispuesto), para el caso de que no lo hiciera con la también concedida *mortis causa*, designando en su testamento el sujeto o sujetos que en calidad de heredero o legatario desee los reciban. En definitiva, el testador nombra un sustituto del heredero en prevención de que, a su muerte, este no haya dispuesto *inter vivos* de la totalidad de los bienes recibidos, ni haya designado persona que le suceda en estos, excluyendo, de este modo, la sucesión intestada²¹.

El fiduciario goza de capacidad dispositiva en los términos expuestos, pues esto es, en definitiva, lo que caracteriza a esta figura, pero no debemos inferir de ello que el fideicomitente haya renunciado a su voluntad de que los bienes que reciba el segundo llamado estén en buen estado de conservación. Desde esta óptica podemos afirmar que, en tanto no disponga de los bienes según la extensión de la facultad dispositiva otorgada por el testador, el fiduciario está obligado a conservar los bienes gravados con el fideicomiso, pues estos, si existieran, deberán encontrarse en buen estado cuando sean transmitidos al

¹⁹ Muy significativa y valga como apostilla a la afirmación efectuada en el texto principal, la SAP de Baleares, de 17 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/99356). En ella se discute la interpretación de una cláusula testamentaria en la que el causante establece una sustitución fideicomisaria de residuo de redacción amplia y de la que se deduce, sin dificultad, la amplitud de facultades dispositivas del fiduciario. No obstante, el Tribunal, con un buen acierto, excluye de esa amplitud la disposición *mortis causa*, pues para que ello fuera procedente sería preciso que, de forma expresa y literal, así lo hubiera manifestado el testador. En consonancia, declara nula la transmisión *mortis causa* que, de los bienes gravados por el fideicomiso, había realizado el fiduciario, pues «nadie da lo que no tiene» y éste no disponía de tal facultad. En igual sentido, STS de 6 de febrero de 2002, *RJ* 2002/993.

²⁰ Así la califica DÍAZ ALABART, Silvia, *ob. cit.*, págs. 218 a 227. En la sentencia SAP de Cantabria, de 4 junio de 2004, *JUR* 2004/180078, el Tribunal se refiere, expresamente, a la «sustitución preventiva de residuo» como una tercera tipología del fideicomiso de residuo, junto a las ya conocidas *eo quod superit* y *si quid superit*.

²¹ El libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, excluye, de forma expresa la facultad dispositiva *mortis causa* de las que puede hacer uso el fiduciario en un fideicomiso de residuo. Dice el artículo 426-53, 2: «*La facultad de disponer, a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos inter vivos...*». No quiere ello decir que tanto en Cataluña como en el resto del territorio español le estuviera prohibida tal posibilidad al testador. Simplemente que, si así lo hiciera, no estaríamos ante un fideicomiso de residuo, lo que conlleva la inaplicabilidad del régimen jurídico previsto para esta figura.

fideicomisario. Conforme a este postulado hay que considerar que, como tal obligación, generaría una responsabilidad por incumplimiento si efectivamente no se llevara a cabo. Así, el fiduciario que no conserva los bienes con la diligencia media exigible a cualquier ciudadano y como consecuencia de dicha inobservancia se generan daños, deberá indemnizar al segundo llamado.

A la conclusión anterior se llega sin dificultad aplicando el principio de buena fe en su función normativa²², que justifica el nacimiento de obligaciones como es la descrita y que, en caso contrario y de no observarse, acreditaría un comportamiento del fiduciario contrario a la buena fe y, por tanto, generador de obligación indemnizatoria de los perjuicios que por su conducta han tenido lugar.

Admitir que facultad de disponer no puede identificarse con facultad de no conservar, no empuja para apuntar una nueva cuestión directamente relacionada con la facultad dispositiva, pues, ¿qué sucede con el producto de la disposición cuando ésta es onerosa?; supuesto, como hemos visto, más normal o más querido por el testador. Para responder a la pregunta enunciada debemos retrotraernos a planteamientos precedentes. Es oportuno recordar que el fideicomiso de residuo sólo tiene sentido si en él está presente la voluntad del fideicomitente de que el fiduciario reciba todo o parte de los bienes gravados y que, sólo la confianza en el buen hacer del fiduciario, justifica la facultad dispositiva otorgada. Si a ello unimos que existe una línea consolidada, tendente a excluir la disposición lucrativa, excepto si, efectivamente, y de forma expresa queda reflejada la voluntad del fideicomitente en este punto, parece que, lo coherente, es predicar la subrogación real del producto de la disposición o cosa adquirida con ese producto, que, por tanto, quedaría formando parte del fideicomiso.

La afirmación apuntada, si bien desde la argumentación esgrimida y los razonamientos en los que se sustenta es, a mi juicio, insoslayable, no podemos (ni debemos, so pena de ser tildados de prepotentes), orillar u omitir otros planteamientos doctrinales²³ y jurisprudenciales²⁴ contrarios al mecanismo de

²² Como dice Díez PICAZO, Luis, en el prólogo a la obra de F. WIECKER, *El principio de buena fe*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pág. 19: «La buena fe es tenida en segundo lugar como una causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella».

²³ GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier, *La subrogación real: Derechos reales, régimen económico-matrimonial y Derecho de Sucesiones*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2009, págs. 130 a 134, considera que para que opere la subrogación real en el fideicomiso de residuo es preciso que el testador haya manifestado la voluntad en este sentido, estando, por tanto, excluida como mecanismo general.

²⁴ El eje argumental para excluir la subrogación real se ubica en que esta es contraria a la facultad dispositiva que se le concede al fiduciario. Así, por ejemplo, STS de 28 de enero de 2009, RJ 2009/1356, niega que su procedencia sobre la base de que, al haberse concedido al fiduciario amplias facultades de disposición de los bienes a título oneroso, este hecho «*excluye inequívocamente la subrogación real o sustitución de los bienes heredados*»; máxime cuando, en el caso de autos, las facultades dispositivas no se encontraban limitadas o condicionadas

subrogación en todo caso, tal y como aquí defendemos. Sin embargo, no estamos solos; también, podemos contar con resoluciones jurisprudenciales²⁵, opiniones doctrinales²⁶, y sobre todo, con el respaldo normativo del artículo 426-56 del libro IV del Código Civil de Cataluña que, expresamente, regula esta posibilidad en aplicación de la regla general del artículo 426-36.2 así enunciada: «*La contraprestación eventualmente adquirida por razón de los actos de disposición a que se refiere el apartado 1 se sujeta al fideicomiso en virtud del principio de subrogación real, salvo en los casos que la Ley establece otra cosa o en el que el fideicomitente o los fideicomisarios autorizan que los bienes o el dinero obtenido se excluyan del fideicomiso*». En consonancia, pues, con la amplia libertad de la que goza el testador, el mecanismo de la subrogación real solo puede entenderse operativo si no ha sido expresamente excluido por el testador, bien porque admita las transmisiones lucrativas, en cuyo caso es obvia su exclusión, bien porque limitando solo las trasmisiones a las onerosas de forma expresa, quede patente la voluntad del causante de no integrar en el fideicomiso el producto de la disposición o los bienes adquiridos a su cargo.

a la existencia de un estado de necesidad del fiduciario. En igual sentido, afirma la STS de 22 de junio de 2010, *RJ* 2010/4900: «*En la naturaleza del fideicomiso de residuo instituido si aliquid superit no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario...*». También SAP de Madrid, de 20 de diciembre de 2002, *AC* 2009/2177, y STS de 7 de noviembre de 2008, *RJ* 2008/7696, entre otras.

²⁵ La STS de 30 junio de 2009, *RJ* 2009/4246, contempla la subrogación real en un supuesto muy significativo y que, en verdad, no sirve de sustento a la tesis que mantenemos. En el caso de autos se cuestiona la subrogación real del precio abonado como consecuencia de la expropiación forzosa de un bien inmueble integrante de un fideicomiso con facultad dispositiva del fiduciario, accediendo a ello el órgano jurisdiccional. Es evidente que no existe paralelismo, pues es lógico y de acuerdo con la finalidad del fideicomiso, que dicha subrogación tenga lugar, pues el acto expropiatorio no es fruto de la voluntad del fiduciario y no entra, por tanto, en la facultad dispositiva que el causante le concedió. La admisión de la subrogación real por la jurisprudencia se sustenta en el principio de buena fe; efectivamente, se contraría dicho principio si no se contempla la subrogación real, ya que pudiera, entonces, dejar sin contenido el fideicomiso transmitiendo por la vía de la enajenación de los bienes que lo componen al patrimonio del fiduciario. Así sucedió en el caso juzgado por el TS en sentencia de 22 de julio de 1994, *RJ* 1994/6578, que casó una resolución de la Audiencia que anulaba la subrogación real de los bienes que componían el fideicomiso, enajenados por el fiduciario afirmando que «...*si la heredera fiduciaria puede disponer de la totalidad de sus bienes, no solo para cubrir sus necesidades sino para incrementar su propio patrimonio, trasvasándolo a él in natura o por el equivalente de su venta o cesión, nos encontraríamos ante una contradicción, ya que podría desviar por esta vía sinuosa e indirecta la totalidad del patrimonio a favor de personas no llamadas por el testador...*». En igual sentido, la SAP de Valencia, de 1 febrero de 2010, *RJ* 2010/853, que confirma la instancia que ordenaba integrar en el fideicomiso de residuo el importe de la venta de uno de los bienes que lo formaban, aplicando, para ello, el principio de subrogación real.

²⁶ ALEMÁN MONTERREAL, Ana, «Facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo», en *RJN*, núm. 62, 2007, págs. 9 a 41, concretamente págs. 27 y 28, se hace eco de la opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que entiende que cuando el fiduciario sólo está legitimado para disponer a título oneroso, ello genera una masa patrimonial a virtud del principio de subrogación real que el fiduciario tiene la obligación de conservar.

Hilando la subrogación real propuesta e impuesta a falta de voluntad del causante (siempre que, claro está, no lo prohíba ninguna norma legal), con la obligación de conservar en los términos expuestos en párrafos precedentes, no podemos menos que concluir que la obligación de conservación de los bienes que componen el fideicomiso se extiende también a los bienes que, en virtud de la subrogación real, pudieran entrar a formar parte de este en sustitución de los dispuestos por el fiduciario.

Desde esta perspectiva y razonamiento, la obligación de conservar los bienes que la buena fe impone al fiduciario, no es una obligación típica de la sustitución fideicomisaria normal, e inexistente en el fideicomiso de residuo, como afirman, con rotundidad, la doctrina y la jurisprudencia²⁷. La facultad de disponer no elimina la obligación de conservar como si fueran *faceres* antagónicos e irreconciliables. Ciertamente, el que no puede disponer está obligado a conservar, en cualquier caso. El que, como consecuencia de un encargo justificado o a causa de la confianza que el que lo emite tiene depositada, recibe unos bienes, con facultad para disponer de ellos, con los límites y las peculiaridades apuntadas, está obligado, por esa confianza, a conservarlos en buen estado, bien hasta que disponga de ellos, bien hasta que sean entregados a su destinatario final. Y si los bienes iniciales fueran sustituidos por otros, en virtud de la subrogación real, la obligación de conservar recaería sobre estos bienes, en la medida que existe un destinatario, distinto del fiduciario, que recibirá el fideicomiso o parte de este, según el ejercicio que de la facultad de disposición hiciera el primer llamado.

Queda ahora reflexionar sobre las consecuencias que una afirmación de tal índole comporta. Pues si, como hemos mantenido, el fiduciario de un fideicomiso de residuo está obligado con el fideicomisario a conservar los bienes gravados, sería posible, en su virtud, exigir el cumplimiento de esta obligación, mientras subsista, así como reclamar una indemnización si no se hubiera cumplido.

Habida cuenta que el fideicomisario carece de poder alguno sobre los bienes gravados mientras dure el fideicomiso, no podría justificarse una intervención directa en el uso de los bienes por el fiduciario, controlando o demandando un uso más acorde con la naturaleza de los mismos aduciendo una inobservancia de la obligación de conservarlos. No podemos olvidar que el fideicomisario es un segundo llamado y, hasta que no sea efectivo el llamamiento, debe permanecer en un segundo plano, no estando legitimado, a nuestro juicio, para intervenir, de algún modo, en el destino de los bienes afectos, y menos como, en el caso que analizamos, en el fiduciario goza de un poder de disposición. Estas afir-

²⁷ Matiza la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Santander, AC 2005/1782, al mantener que en la modalidad de fideicomiso *si aliquid superit*, el fiduciario carece de la obligación de conservar los bienes poseídos, en cambio, si la modalidad de fideicomiso fuera *eo quod superit*, el fiduciario tendría dicha obligación. Dice textualmente: «...esto es el atinente a la regla de *eo quod superit* en cuyo caso, la conservación del patrimonio deferido es una obligación básica para luego transmitirlo a los sucesivos llamados...».

maciones deben ser matizadas, ya que, como es sabido, solo serán operativas a falta de voluntad manifiesta del fideicomitente en el testamento que puede, si así lo desea, limitar el uso de los bienes e, incluso, depositar en el fideicomisario funciones de control sobre dicho uso (o mal uso). Aunque, en este caso, sería la voluntad del testador la que prevalecería sobre cualquier consideración y pudiera legitimar, en su virtud, al segundo llamado a tomar medidas judiciales en el sentido que así lo hubiera dispuesto el causante.

El razonamiento anterior solo puede conducirnos a considerar que el incumplimiento de la obligación de conservar se pone de manifiesto en un momento concreto: cuando finaliza el fideicomiso. Efectivamente, cuando el fiduciario hace entrega al fideicomisario de los bienes recibidos (o lo que quede de estos si hubiera sido facultado para disponer a título lucrativo) o, en su caso, del producto de la venta de todos o parte de ellos, o los bienes adquiridos a cargo de dicho producto, entonces será cuando estará legitimado para exigir una indemnización si estos presentaran daños generados por un mal uso o por una deficiente o nula conservación de estos.

Pues bien, si hasta aquí hemos defendido que la obligación de conservar los bienes que integran el fideicomiso también está presente en el fideicomiso de residuo, valga afirmar, en consecuencia, que la facultad dispositiva también puede estarlo en las sustituciones fideicomisarias normales, es decir, las expresamente reguladas en nuestro Código Civil. Efectivamente, existen dos supuestos en los que esta última afirmación encuentra su sustento. En primer lugar, dentro del juego de la autonomía de la voluntad, nada impide al fiduciario enajenar o disponer de los bienes gravados si así lo autoriza el fideicomisario; en segundo lugar, el párrafo 3.º del artículo 783 del Código Civil le autoriza a enajenar parte de los bienes cuando sea preciso para pagar deudas o cargas de la herencia²⁸.

Todas estas consideraciones y reflexiones nos llevan a cuestionar y quebrar planteamientos doctrinales que presentan la obligación de conservar los bienes gravados como propia y característica de las sustituciones fideicomisarias, frente a la facultad dispositiva que aparece como típica del fideicomiso de residuo. Ni una ni otra afirmación deben ser tenidas por ciertas. Porque lo cierto es que, tanto en uno como en otro supuesto, los elementos definidores se concretan en la existencia de un encargo basado en la confianza por el que un sujeto decide, con efecto *mortis causa*, llamar de forma sucesiva a distintos titulares para disfrutar, en distinta medida, de unos bienes, de los que el fideicomitente goza de capacidad dispositiva y que resultan así gravados. Es decir, y en resumen, existencia de un encargo y doble llamamiento son los elementos comunes a toda sustitución fideicomisaria.

²⁸ DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino, «La enajenación de la herencia en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo», en *RCDI*, año 80, núm. 682, 2004, págs. 971 a 1024, concretamente la cita es a las págs. 974 y 975.

III. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO NO ES UN LLAMAMIENTO CONDICIONAL

Parece pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia la consideración de heredero (o legatario) del fiduciario y del fideicomisario de cualquier sustitución fideicomisaria. Ambos son llamados a suceder al testador en el orden que este ha impuesto. Lo que diferencia al fideicomiso de residuo de la sustitución fideicomisaria normal es la indeterminación sobre el objeto o bienes que va a recibir el fideicomisario, pues esta estará en función de las facultades dispositivas de que disfrute el fiduciario y del ejercicio que haga de ellas. Sin embargo, admitido el mecanismo de la subrogación real y la interpretación estricta de la institución, de manera que muy difícilmente cabría la transmisión lucrativa, parece que el último llamado va a recibir una masa patrimonial de un importe similar a la que recibió el fiduciario, integrada por los bienes del causante o aquellos otros que, como consecuencia de la subrogación real, hubiesen ocupado el lugar de los transmitidos. La situación descrita es, a nuestro juicio, la que debería acontecer pues, como hemos argumentado, rechazamos aquella otra que pudiera resultar de no aplicarse la sustitución de los bienes transmitidos por su precio o por otros bienes adquiridos a costa de estos. No obstante, es posible que la masa patrimonial se viera reducida si el fiduciario gasta el montante de los bienes enajenados, no adquiriendo otros; o bien, el testador de forma expresa excluya la subrogación al facultar al fiduciario a transmitir lucrativamente los bienes que integran el fideicomiso. El primero de los supuestos, testador que gasta el importe de la venta, debiera ser matizado; pues pudiera ser declarada inválida dicha transmisión si, o bien no se ajusta a las circunstancias que la legitiman (y me estoy refiriendo al fideicomiso de residuo *eo quid superit*, si se acredita que no ha existido la «necesidad» que lo facultaba a disponer) o, el fiduciario actúa de mala fe con la única finalidad de dejar sin contenido el fideicomiso. En ambos supuestos el fiduciario estaría, además, vulnerando el deber de conservación, obligación que entendemos también está presente en el fideicomiso de residuo, tal y como hemos defendido.

Tras estas consideraciones observamos que tradicionalmente se ha mantenido en la doctrina²⁹ y en la jurisprudencia que, en el caso del fideicomiso de residuo, el fideicomisario, y por las circunstancias anteriormente descritas, es un heredero del testador sometido a condición suspensiva. El argumento se ubica en la incertidumbre que deriva de la facultad dispositiva, más o menos amplia, que caracteriza al fideicomiso de residuo. En este sentido, el fideicomisario es

²⁹ Los defensores de esta tesis argumentan siguiendo a uno de sus precursores y defensores, CLEMENTE DE DIEGO, que expone su tesis en la obra *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias «de residuo»*, cit.

un heredero sometido a la condición de que el fiduciario no haya dispuesto de la totalidad del patrimonio que ha recibido como primer llamado.

La superación de la teoría condicionalista en la doctrina ha tenido lugar con más contundencia y unanimidad que en la jurisprudencia³⁰. Sin embargo, hecha esta matización, podemos encontrar en la jurisprudencia recientes pronunciamientos y afirmaciones como «...en los llamados fideicomisos de residuos lo condicionado no es el llamamiento en sí, sino su contenido»³¹, que, si bien, no son abundantes, son prueba de que la aludida forma de entender la naturaleza de esta institución también llega a nuestros operadores jurídicos³².

En verdad, la doctrina actual es pacífica en mantener que tanto el fiduciario como el fideicomisario en el fideicomiso de residuo son herederos, aunque lo son en distinto orden, según la voluntad del testador. Lo que sucede es que, para el segundo llamado, la cantidad o patrimonio que va a recibir se encuentra indeterminado, pues su determinación estará en función del uso que el fiduciario haga de la facultad dispositiva que le ha otorgado el testador³³. Que estemos

³⁰ En verdad aparecen en la jurisprudencia con relativa frecuencia pronunciamiento o afirmaciones como la que, a continuación transcribimos, de la SAP de Ávila, de 17 de mayo de 2000, AC 2000/1459: «El fideicomiso de residuo es una modalidad “seudo fiduciaria” condicional, en la que los fideicomisarios no adquieren el derecho hasta el cumplimiento de la condición (morir el fiduciario con bienes residuales)».

³¹ El texto corresponde a la RDGRN de 27 de octubre de 2004, RJ 2004/7807.

³² En igual línea, STS de 25 de abril de 1983, RJ 1983/2122, 6 de febrero de 2002, RJ 2002/993 y AP de Soria, de 14 de febrero de 2007, JUR 2007/265634. A continuación extraemos un fragmento de este último pronunciamiento que se hace eco de la tesis mantenida y defendida en el texto principal: «En cualquier caso ha de señalarse que la mejor doctrina (Albaladejo) y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha superado la doctrina clásica, seguida por el juez a quo en la fundamentación jurídica de su resolución y reflejada, ...de acuerdo con la cual el fideicomiso de residuo supone una institución condicional a favor del fideicomisario, en la medida en que no atribuiría al favorecido, desde el momento del fallecimiento del causante fideicomitente y sobre los bienes objeto de la disposición, un derecho firme y definitivo, sino un simple derecho eventual o expectativa jurídica, cuya definitiva adquisición queda pendiente hasta el fallecimiento del primer instituido (fiduciario), de la falta de ejercicio por éste de su facultad de disponer respecto de la totalidad de los bienes objeto de la disposición. Por el contrario, en los llamados fideicomisos de residuo, lo condicionado no es el llamamiento a favor del fideicomisario en sí, sino el contenido del mismo, pues no está condicionada la cualidad de sustituto sino el objeto sobre el que se proyecta la sustitución, que, en el caso del fideicomiso de la modalidad si aliquid supererit, se refiere al alcance del residuo relicto en cuanto a su existencia o conjunto de bienes (en este sentido, sentencias de 25-4-1983 [RJ 1983/2122] y 6-2-2002 [RJ 2002/993] y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 17-9-2003 [RJ 2003/6279] y 27-10-2004 [RJ 2004/7807]). Ello no impide, claro está, que el fideicomiso de residuo pueda estar sujeto a una condición como ocurre con la modalidad establecida para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto (si sine liberis decesserit)».

³³ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *ob. cit.*, dice pág. 710, «el llamamiento del fideicomisario de residuo nos es condicional, pues lo único que puede entenderse condicionado es el contenido material del llamamiento».

ante un objeto indeterminado temporalmente no implica, necesariamente, que esta indeterminación dependa del cumplimiento de una condición que, una vez acaecida, convierta en determinado el objeto. Con este razonamiento podríamos llegar a la absurda conclusión de que todo heredero testamentario lo es de forma condicional, pues solo tendrá tal carácter si existen bienes en la herencia al momento de fallecer el causante; e, igualmente, y a mayor abundamiento, el legatario de cosa cierta, pues puede ser que la cosa no exista en la herencia cuando deba hacerse efectivo el pago³⁴.

Ahora bien, es posible que el fideicomiso de residuo sea sometido a condición por el testador, como cualquier otra disposición testamentaria, en cuyo caso podría predicarse su condicionalidad, sin que, por ello, decaiga la argumentación esgrimida³⁵. Simplemente, negamos que, intrínsecamente, por esencia o por naturaleza, sea correcto calificar como llamamiento condicional el realizado al fideicomisario de un fideicomiso de residuo sobre la base de la indeterminación de los bienes que recibirá el segundo llamado.

A diferencia de la doctrina, la jurisprudencia en este punto es confusa, pues acostumbra a acompañar la definición o la alusión al fideicomiso de residuo con referencias a su condicionalidad, como carácter propio de su naturaleza. Sin embargo, sería conveniente matizar los pronunciamientos, pues tales referencias, en muchos casos no entrañan, en puridad, tal consideración³⁶. Analizando la jurisprudencia reciente, observamos como la condicionalidad a que se alude se lleva a cabo en relación a lo que va a recibir el fideicomisario, y no como una condición de la cualidad de heredero, en sentido técnico. Así razonan los Tribunales, calificando el fideicomiso de residuo como un llamamiento condicional fundamentado en que es posible que nada quede de la herencia cuando el fideicomisario pueda disponer de ella. Aparece, pues, un paralelismo entre «amplia facultad de disposición» con condicionalidad del segundo llamado, lo que lleva, ineludiblemente, a identificar dicha condicionalidad con la modalidad de fideicomiso de residuo *si quid superit*. En este sentido podemos encontrar, sin mucha dificultad, en las resoluciones judiciales afirmaciones o declaraciones semejantes a la que, a continuación, transcribimos: «La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el ahora contemplado, de

³⁴ DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pág. 50.

³⁵ DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 221 y sigs.

³⁶ CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, pág. 704, ubica el origen de esta confusión en el Derecho francés e italiano. DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 162 a 167, desmitifica la condicionalidad presente en la jurisprudencia, realizando un recorrido exhaustivo en la jurisprudencia anterior a la publicación de su obra (años ochenta). Ya entonces, DÍAZ ALABART justifica y razona que dicha presencia no implica una ineludible identificación, pues en muchas de ellas existen razones para no llevarla a cabo. Así, por ejemplo, la referencia a la condicionalidad no pasa de ser un mero *obiter dicta*, en otras no es más que una afirmación contenida en un recorrido sobre el Estado de la cuestión, sin hacer reflexión alguna, o, en otras es calificada como «condicionalidad intrínseca» lo que hace perder el carácter de condición.

fideicomiso si aliquid superit, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo en la herencia del fideicomitente»³⁷. La condicionalidad del segundo llamado se ubica, según nuestros Tribunales, en la existencia o no de bienes en el momento de efectuarse el llamamiento, llegando a calificar como «expectativa de derecho» a la que pudiera tener el fideicomisario sobre los bienes que disfruta el fiduciario³⁸.

Valgan estas consideraciones para constatar una realidad: la tesis de la condicionalidad del fideicomiso de residuo no está «formalmente» superada por nuestros Tribunales. Pero también es cierto que poco contenido jurídico se observa en la presencia de la «condicionalidad», pues la alusión a ella se efectúa al hilo de la no concreción del objeto del Derecho, como característica del fideicomiso de residuo, en la medida que este está siendo plenamente disfrutado por un primer llamado a hacerlo. Podemos afirmar, pues, que existe una confusión en las resoluciones judiciales entre «condicionalidad» e «indeterminación», lo que no lleva a concluir que, de hecho, los operadores jurídicos no están resolviendo sobre la base de que el fideicomisario sea un heredero sometido a condición, sino considerando, lo que es cierto, que el objeto que este va a recibir se encuentra indeterminado hasta que no tenga lugar el segundo llamamiento.

En resumen, fiduciario y fideicomisario son ambos herederos del testador desde que aceptaron serlo; ambos tienen derecho sobre los bienes gravados, aunque este derecho se encuentra priorizado por el orden establecido y, en el caso del segundo llamado, el objeto sobre el que el derecho recae no se encuentra determinado temporalmente.

Ahora bien, no es de rigor dar por finalizado este discurso sin ofrecer al lector unos argumentos que, si bien no son originales, pues el tema se encuentra ya suficientemente tratado en la doctrina autorizada, son los que, desde el convencimiento, me han servido como premisa para llegar a la afirmación que titula este epígrafe.

Pues bien, hemos de partir de la mecánica de la condición suspensiva en el ámbito de los negocios jurídicos y entender que, concurriendo una condición suspensiva, los derechos u efectos sometidos a esta no se adquieren por el sujeto

³⁷ STS de 7 de noviembre 2008, *RJ* 2008/7696. En igual sentido, entre otras, SAP de Valencia, de 1 febrero de 2010, *AC* 2010/853.

³⁸ «El derecho del fideicomisario se supedita al cumplimiento de la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente, esto es, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras no se cumpla, no tiene más que una expectativa de derecho», dice la SAP de Cantabria de 4 de junio de 2004, *JUR* 2004/180078. En igual sentido, STS de 22 de julio de 1994, *RJ* 1994/6678 y SAP de Zaragoza, de 6 de julio de 1996, *AC* 1996/1352, entre otras.

hasta que la condición se cumpla. Si, efectivamente, el fideicomiso de residuo entrañara una condición suspensiva para el segundo llamado, éste no adquiriría la cualidad de heredero hasta que no tuviera lugar dicha condición; es decir, en tanto no se verifique el patrimonio que va a recibir por haber tenido lugar el fallecimiento del primer llamado (o llegado el término fijado por el causante), el fideicomisario no podría ser considerado como heredero. En consecuencia, sólo hay un heredero (el primer llamado), y un posible heredero (el segundo) dependiendo del ejercicio de la facultad dispositiva que haga el fiduciario. Este razonamiento impide al fideicomisario disponer del derecho a recibir todo o parte de la herencia del testador, porque ni las expectativas de derecho pueden ser objeto del tráfico jurídico (pues para disponer de un derecho debe estar dentro del patrimonio del disponente), ni nadie está legitimado en nuestro Derecho a «dar lo que no tiene». Es admitida la disponibilidad *inter vivos* y *mortis causa* del derecho del fideicomisario a ser partícipe, en segundo lugar, de lo que reste del patrimonio inicialmente recibido por el fiduciario. Y no solo es un derecho disponible por el titular, sino que, incluso, es transmisible *ex lege*, si éste falleciera antes de que tuviera lugar la determinación del objeto del derecho (a no ser, claro ésta, que el testador hubiera dispuesto lo contrario).

En segundo lugar, los que defienden esta naturaleza jurídica del fideicomisario en el fideicomiso de residuo, lo hacen desde una «particular» concepción (por no decir errónea), de la condición, como elemento del negocio jurídico. Afirman que estamos ante una figura que «naturalmente» lleva implícita una condición suspensiva, cuando la condición, como tal, es un elemento accidental del negocio jurídico, que precisa una manifestación de voluntad para su nacimiento y consideración. Así pues, porque el fideicomiso de residuo no lleva implícita la existencia de una condición suspensiva, es posible que el testador, si así fuera su voluntad, la incluyera, en cuyo caso sí estaríamos frente a un fideicomiso de residuo condicional, pero no por definición o por naturaleza, sino, simplemente, porque esa fue la voluntad del causante. Claro que yo me pregunto: y, en este caso ¿habría una doble condición suspensiva, la natural y la impuesta? Seguir con este razonamiento nos conduciría a un resultado absurdo e incongruente.

Para finalizar. El fideicomisario es un heredero desde el momento del fallecimiento del testador, sin que sea necesario se cumpla condición alguna para que adquiera tal cualidad, es decir, su carácter de heredero no se encuentra supeditado a que queden bienes en el patrimonio del causante cuando se perpetre su llamamiento. Porque tiene ese derecho a la herencia del causante, puede transmitirlo y disponer de este. Y porque no está «naturalmente» condicionado, puede ser sometido a condición suspensiva, cuando así lo disponga el testador.

IV. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO IMPLICA LA SUSTITUCIÓN VULGAR DEL FIDUCIARIO POR EL FIDEICOMISARIO

Esta es una de las cuestiones no resueltas del régimen jurídico de la figura que nos ocupa, en la medida que existen dos posturas contrapuestas sobre el particular. Sin embargo, entiendo que existen motivos más que suficientes para inclinarnos a considerar que, en todo caso y salvo mención contraria del testador, el fideicomisario está llamado a sustituir al fiduciario si este premuere al testador.

1. EL FIDEICOMISARIO HEREDERO DEL TESTADOR Y SUSTITUTO VULGAR DEL FIDUCIARIO

En primer lugar, hemos de tener presente que, como hemos apuntado, el fideicomisario no es un heredero del testador sometido a condición suspensiva, sino un heredero llamado en segundo lugar pero que adquiere tal carácter desde que muere el causante. Aquellos que, de entrada, le niegan tal cualidad sobre el razonamiento de su llamamiento condicional, no pueden, por motivos lógicos, plantearse la posibilidad de que pueda sustituir al fiduciario en caso de premuerte al testador. En verdad, si el fideicomisario solo es heredero cumplida la condición suspensiva de que resten bienes en el patrimonio gravado y después de que el fiduciario haya disfrutado y dispuesto (o no dispuesto) de estos bienes, si el primer llamado no puede, como consecuencia de su previo fallecimiento, usar y disfrutar del fideicomiso, el fiduciario tampoco podrá hacerlo en su lugar. Pues la condición de que, antes de él, haya un uso y disposición, no se cumple, por lo que, en consecuencia, el fideicomisario no adquiere la cualidad de heredero.

Detrás de este planteamiento subyace, también, la idea de que al testador le es indiferente que el fideicomisario reciba bien alguno, dejando tal eventualidad a juicio del fiduciario, al concederle libertad para disponer de los bienes afectos. Argumentan, asimismo, que las sustituciones no pueden ni deben inferirse y que, si el causante así lo hubiera deseado, lo habría dispuesto, previendo tal circunstancia e introduciendo la pertinente cláusula de sustitución. En cualquier caso, y habida cuenta la premuerte del fiduciario, el testador, conocido tal hecho, pudiera haber declarado heredero al fideicomisario en los bienes inicialmente integrantes del fideicomiso, y si no lo hizo fue, simplemente, porque no era su voluntad. Por ello, entienden que no debe proceder el mecanismo de la sustitución vulgar del fideicomisario, procediéndose, pues, a abrirse la sucesión intestada de los bienes que, inicialmente, integraban el patrimonio del fideicomiso. Finalmente,

no podemos obviar que no existe en nuestro Código Civil ningún precepto³⁹ que declare la cualidad de sustituto vulgar del fideicomisario.

Sin embargo, y como hemos adelantado, podemos sostener y defender la postura inversa, no sin mucha dificultad; avalada, además, por la doctrina más autorizada en la materia⁴⁰. El planteamiento debe ir más allá del fideicomiso de residuo para aterrizar en las sustituciones fideicomisarias, en general, de las que el fideicomiso de residuo es, simplemente, una variedad. En este sentido, el objeto de debate se ubica en si las sustituciones fideicomisarias, en general, implican una sustitución vulgar del fideicomisario⁴¹; de manera que, o bien premuerto (lo más frecuente), o bien por imposibilidad o renuncia, el fiduciario no llegara a recibir el patrimonio gravado, este pasará al fideicomisario al considerar que es el sustituto vulgar del primero.

En primer lugar, se hace del todo preciso llevar a cabo una reflexión sobre la naturaleza del fideicomiso testamentario, como negocio jurídico fiduciario, pues es en ella donde podemos encontrar argumentos y razones que apoyen nuestra afirmación. En consonancia, pues, con la presencia de la fiducia o confianza, podemos afirmar que existe un encargo del testador al primer llamado, un encargo que se materializa en la entrega de unos bienes, sobre los que está facultado (en mayor o menor medida, según el fideicomiso sea o no de residuo, incluso, dentro de este último, según lo estuviera para disponer por algún título o por cualquiera, con o sin límites) a llevar a cabo actuaciones de disfrute y/o disposición sobre estos. Sin la confianza, pues, no es comprensible la figura, como tampoco lo serían otras como el mandato o la prestación de servicios profesionales, conocidas en nuestro Derecho, y con un particular régimen jurídico justificado por ésta⁴².

En segundo lugar, la voluntad del testador, en esta tesitura, no puede ser otra que reconocer que, efectivamente, quiere que el segundo llamado reciba una serie de bienes, que sea su heredero. Ahora bien, este deseo, digamos que es secundario al de que el primer llamado disfrute de los bienes gravados; no quiere excluirlo de la herencia, lo prefiere al resto de sus posibles herederos en relación a los bienes concretos que integran el fideicomiso, pero no lo prefiere frente al primer llamado. Ese es el sentido de la institución fideicomisaria, su

³⁹ A diferencia del Derecho catalán, en cuyo artículo 426-8 titulado «sustitución vulgar implícita», dice en el párrafo (1), textualmente, «*siempre que el fiduciario no llegue a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar*».

⁴⁰ Básicamente, me estoy refiriendo a DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 241 a 268, y CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, págs. 708 a 710.

⁴¹ Así lo entiende DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pág. 245, que titula el epígrafe con el que comienza a abordar el tema, «La sustitución fideicomisaria normal engloba a la vulgar». De igual forma, el precepto citado del Código catalán (art. 426-8), es una norma correspondiente al régimen jurídico general de la sustitución fideicomisaria.

⁴² De este punto ya nos hemos ocupado con detenimiento en epígrafes precedentes a los que nos remitimos.

finalidad que no es otra que articular jurídicamente ese juego de preferencias, por otra parte, no extraño a la naturaleza humana.

En este razonamiento general, común a cualquier sustitución fideicomisaria, es posible, además, que la confianza que el testador tenga depositada en el llamado en primer lugar, sea tal que, incluso, le faculta para disponer de los bienes gravados, ampliando, pues, su facultad de disfrute. Pero, incluso en este caso, tampoco ha renunciado el causante a su deseo de que el fideicomisario reciba todos o parte de los bienes que integran el fideicomiso, simplemente, lo remite a la voluntad del fiduciario, en la confianza que usará de tal facultad en el mejor de los fines. Este argumento, que traemos de nuevo a colación, lo hemos esgrimido ya, previamente, para legitimar y defender la subrogación real que, creemos, debe generarse de forma automática cuando el fiduciario trasmite a título oneroso (lo que es lo más común, pues no se presume la capacidad dispositiva a título lucrativo).

Pues bien, en concordancia con la voluntad del testador de que el fideicomisario reciba los bienes (todos o parte, o el importe, o los bienes adquiridos con cargo a este), debe, necesariamente, presumirse que la sustitución fideicomisaria (sea o no de residuo), lleva implícita la sustitución vulgar del fiduciario por el fideicomisario. Pues solo de esa forma la sustitución fideicomisaria sirve a su finalidad, al juego de preferencias que ella encierra. Si el fiduciario, primer preferido, no quiere o no puede aceptar el fideicomiso, deberá ser el segundo preferido, elegido por el testador, el destinatario de los bienes gravados, y no los herederos *ab intestato*, ignorados en el testamento en relación a estos bienes⁴³.

Con este discurso cerramos el círculo en torno a la delimitación conceptual del fideicomiso de residuo; todas las afirmaciones esgrimidas en este trabajo, convergen y se sustentan unas a otras. De tal forma que, sin alguna de ellas, carecerían de sentido las siguientes. Efectivamente, hemos argumentado y contraargumentado en círculo, de ahí que las continuas referencias a afirmaciones mantenidas y expuestas para defender una determinada característica o rasgo esencial, hemos de traerla a colación para, también, servir de fundamento a otra cualidad de la institución.

⁴³ De forma semejante, CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, pág. 709, con manifestaciones como la siguiente: «al priorizar ambos herederos sucesivos frente a todos los herederos *ab intestato* está manifestando, implícitamente, su voluntad de excluir a los herederos legales». En igual sentido, del mismo autor, *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 86 y sigs., y cómo no, DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, págs. 253 y 254, entre otras alusiones.

2. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003 Y LA «PUNTA DEL ICEBERG»

Antes de que la DGRN dictara la Resolución de la que vamos a ocuparnos, pues supone un importante punto de inflexión en este tema, solo se había pronunciado nuestro Tribunal Supremo en seis ocasiones, en todas ellas llegando a la conclusión contraria a la que defendemos⁴⁴. Se ha de tener presente, eso sí, que han sido tomadas en un ambiente «jurídico» proclive a la calificación del fideicomiso de residuo como un llamamiento condicional, pues la última en el tiempo es de 1975 y hasta la década de los ochenta no empieza a cuestionarse esta, hasta entonces, no discutida naturaleza jurídica. Creo que han quedado ya suficientemente expuestas las conexiones existentes entre llamamiento condicional del fideicomisario y sustitución vulgar implícita, por lo que, con esta premisa, los fallos no podían ser de otro modo.

Con esta Resolución, la DGRN se desmarca de la tesis mantenida en nuestros Tribunales y, haciéndose eco de la doctrina autorizada, afirma que la sustitución fideicomisaria de residuo implica la sustitución vulgar tácita, que opera, de forma automática, sin necesidad de que el testador se hubiera pronunciado, de forma expresa, sobre tal posibilidad. Con prontitud, el 27 de octubre de 2004⁴⁵, la misma DGRN dicta una segunda Resolución en igual sentido que su predecesora, lo que convierte en «jurisprudencia» la línea argumentativa en ella contenida.

Los hechos a enjuiciar en la primera de las resoluciones son los siguientes: La testadora establece sustitución fideicomiso a favor de su esposo, como primer llamado, y a sus dos sobrinos en lo que quede de los bienes, pues le concede al fiduciario facultad dispositiva. Premuerto el esposo de la testadora, al fallecimiento de esta se discute si el patrimonio debe pasar a los sobrinos, al ser considerados sustitutos vulgares del primer llamado, o, por el contrario, abrirse la sucesión *intestada*.

Los argumentos esgrimidos por la Dirección General para fundamentar la sustitución vulgar tácita e implícita, en virtud de la cual son declarados herederos los sobrinos fideicomisarios, son los siguientes:

En primer lugar, el fideicomiso de residuo es, sin lugar a dudas, un tipo de sustitución fideicomisaria, lo que implica que comparte (a excepción de la obligación de no disponer)⁴⁶ las demás características de las sustituciones fi-

⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, *ob. cit.*, págs. 704 y 705, sintetiza y comenta las citadas sentencias; a saber, 13 de febrero de 1943, 25 de junio de 1947, 3 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955, 5 de octubre de 1970 y 23 de abril de 1975.

⁴⁵ RJ 2004/7807.

⁴⁶ Me niego a utilizar la denominación «obligación de conservar» como característica de las sustituciones fideicomisarias frente al fideicomiso de residuo, para argumentar que, en esta última modalidad, dicha obligación no se encuentra presente. De ahí la denominación de «obligación de no disponer», aunque la resolución sigue aludiendo a la «obligación de

deicomisarias⁴⁷. En este sentido, se argumenta en el pronunciamiento, con muy buen sentido, si el hecho de que el testador establezca un doble llamamiento implica que es su voluntad que el segundo llamado reciba los bienes gravados. Así, califica de «punta de iceberg» este hecho, pues es fácil suponer que dada la no disponibilidad del fiduciario, es revelador de una voluntad más amplia; a saber, que el causante quiere que el fideicomisario sea receptor de los bienes afectos a la sustitución fideicomisaria, por lo que, si el fiduciario premuriera al testador o no pudiera o no quisiera recibir la herencia, lo consecuente es afirmar la calidad del fideicomisario de sustituto vulgar del fiduciario⁴⁸.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional es consciente de que, en verdad, si fácilmente puede predicarse la sustitución vulgar del fideicomisario en una sustitución fideicomisaria normal (no de residuo), cuando el fiduciario goza de facultad dispositiva, la voluntad del testador de que el fideicomisario se beneficie de los bienes gravados puede ponerse en entredicho⁴⁹, o simplemente, no aparecer de manera tan clarificadora. Para salvar este escollo que, por otra parte,

conservar» en varias referencias a lo largo del texto. Así, a modo de ejemplo «...si el llamamiento al residuo es o no una modalidad de la sustitución fideicomisaria, pues, aunque las diferencias que guarda con respecto a la que tiene obligación de conservar no sean suficientes para sustentar una posición negativa...», y más adelante, «...la obligación de conservar no es la esencia de la sustitución fideicomisaria...».

⁴⁷ «En efecto, so pretexto de que la decisión sobre si la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar, implica la vulgar tácita, es una cuestión que se resuelve en función de una actividad de interpretación en función integradora, y de que el llamamiento al residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria, se concluye, con facilidad, que la decisión sobre si el llamamiento al residuo implica la vulgar tácita, es también una cuestión cuya resolución se realiza sin traspasar la frontera de la actividad interpretativa, y que debe tener la misma respuesta favorable».

⁴⁸ «En tales condiciones cabe concluir que, a menos que hubiera otras particularidades en el testamento que lo pusieran en entredicho, ese llamamiento “para después de”, es como la punta de un iceberg, la parte exteriorizada de una voluntad más amplia e inescindible que abarcaría tanto ese llamamiento como el llamamiento en defecto».

⁴⁹ «Ese llamamiento al residuo lo único que implica es que, una vez fallecido el primer llamado y liquidadas sus deudas, los bienes que procedan del fideicomitente quedan sustraídos a la Ley que regulará la sucesión del primer llamado, y seguirán el orden sucesorio predefinido por el fideicomitente. En tales condiciones, cabe preguntarse si del llamamiento al residuo puede inferirse de forma inequívoca una voluntad implícita del testador a favor del llamamiento directo y al todo, del beneficiario del residuo, para el caso, no previsto expresamente, de ineficacia del primer llamamiento. ¿Puede afirmarse con total certeza que de haber previsto el testador la ineficacia del primer llamamiento, habría dispuesto el llamamiento inmediato y al todo, del elegido para el residuo?; ¿no puede pensarse que quizá la preferencia implícita en el llamamiento al residuo, estuviera determinada por la consideración del testador —más o menos justificada— de la escasa importancia proporcional que tendría el residuo respecto al todo que se dejaba al primer llamado, de manera que respecto del todo no se hubiera producido igual elección? Estos interrogantes ponen de manifiesto que, a diferencia de lo que ocurría en la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar, la afirmación de que el llamamiento al residuo implica también la vulgar tácita, no es ya, de manera incuestionable...».

no elude, y a fin de evitar la interpretación integradora del testamento⁵⁰, se opta por otra fórmula, técnicamente más adecuada, y que le permite llegar a idéntico resultado. A saber, «guardándose las espaldas», la Dirección General declara algo ya de por sí sabido: que habrá de examinarse cada caso de forma aislada para detectar si, efectivamente, la voluntad del testador era beneficiar también al fideicomisario, deseando que este sea receptor de todo o parte de los bienes gravados⁵¹. Con esto, la regla general de entender que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar, quiebra cuando esta es de residuo; sin rechazarla, la supedita a una interpretación del testamento. Pero el órgano va más allá y, entre líneas, parece que apunta la subsidiariedad del criterio interpretativo de entender que dicha sustitución es implícita si no pudiera determinarse voluntad contraria del testador. Ciertamente no existe el paralelismo que puede establecerse en la sustitución fideicomisaria normal, en la medida que, a no ser que se excluya, se entenderá implícita la vulgar. Cuando aquella es de residuo, el intérprete debe ser más meticuloso a la hora de examinar la voluntad del causante, puesto que el fiduciario ostenta mayores facultades sobre los bienes recibidos⁵², pero no debe inferirse que, necesariamente, para que el fideicomisario asuma el rol de sustituto deba expresarlo con claridad meridiana el testador. Pues, como dice textualmente la sentencia *«porque, como se ha dicho acertadamente, si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede*

⁵⁰ «...pues podría considerarse más bien el resultado de integrar la voluntad del testador considerado con la que razonablemente cabría esperar de un testador medio o estándar. Y en tal caso, habríamos de concluir en el rechazo de tal integración por vulnerar la naturaleza esencialmente personalísima del testamento y no existir, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones españolas distintas del Código Civil (LEG 1889/27), como la de Navarra (RCL 1973/456 y RCL 1974/1077) y el Código de Sucesiones de Cataluña (RCL 1992/456; LCAT 1992/46 y 205), un precepto legal que así lo disponga».

⁵¹ «Parece, entonces, que la solución del problema ha de partir de dos principios básicos: a) Cada caso habrá de resolverse en función de una interpretación específica del respectivo supuesto; b) La solución vendrá dada en función de que se estime, a la vista del caso examinado, si puede llegarse a la conclusión de que se ha querido (teniendo en cuenta las limitaciones que nuestro Código Civil impone a la interpretación del testamento, según la doctrina jurisprudencial) que los llamados al residuo sustituyan a los primeramente llamados, en cuyo caso estaríamos dentro de los límites de la interpretación testamentaria, o, por el contrario, llegar a dicha conclusión supondría entrar en el campo de integración de la voluntad del testador; y, en consecuencia, tal conclusión excedería de tal labor interpretativa».

⁵² «No obstante, en el llamamiento al residuo, las cosas no ocurren del mismo modo; hay un primer llamamiento pleno, total, e ilimitado en vida del beneficiario; el primer llamado es un heredero completo en el tiempo y en las facultades que adquiere, con una sola restricción que operará después de su muerte; la herencia fideicomitida (o el patrimonio fideicomitido ya liquidado, si se aceptó a beneficio de inventario) se integra plenamente en el patrimonio del primer llamado y pasa a responder de las deudas de este como los demás bienes que integran hasta ese momento dicho patrimonio, sin ninguna relación de preferencia entre unos y otros, y esta responsabilidad persiste al fallecimiento de ese primer llamado; el llamamiento al residuo en modo alguno limita en vida las facultades del primer llamado, que es dueño pleno y con plenas facultades de disposición inter vivos».

si el primer llamado no lo hace», principio que debe inspirar la labor interpretadora del órgano jurisdiccional. Que, en definitiva, actúa como la «punta del iceberg», cuya extensión debe ser buscada por el intérprete en el hielo, que no es otra cosa que agua helada, voluntad de querer beneficiar al fideicomisario, pues de haber sido la contraria lo habría apartado de la línea sucesoria. Y con esa pauta, con esa realidad, se debe abordar el tratamiento de este tema, lo que, en verdad, facilita una interpretación proclive a considerar al fideicomisario de residuo como sustituto vulgar; sin traspasar esa débil línea que separa la interpretación de la integración, y que tanto miedo le da al ordenamiento jurídico en materia testamentaria.

La siguiente Resolución de la DGRN abunda en la línea iniciada por su predecesora. Más valiente, da un paso más y definitivo para casi no dejar hueco a la posibilidad de que el fideicomisario de residuo no asuma el papel de sustituto vulgar. Es de destacar que la Resolución de la DGRN comienza advirtiendo sobre la dificultad de discernir entre interpretación e integración, consciente de que esta última está excluida para los negocios testamentarios, retomando el hilo argumental presente en la Resolución de 2003⁵³. Partiendo, pues, de la anterior premisa, el órgano jurisdiccional retuerce los argumentos de manera que, en la práctica, el resultado es una presunción muy semejante a la que se establece en el fideicomiso normal a favor de considerar al fideicomisario sustituto vulgar, salvo manifestación en contrario del testador (explícita o implícita). Lo interesante de la Resolución de 2004 no es tanto a dónde llega, sino cómo llega, pretendiendo no cruzar la frontera entre interpretación e integración, que precede a sus razonamientos.

En primer lugar, se trae, a fin de rechazarlo como fundamento, el argumento que niega que el fideicomisario de residuo pueda ser tenido como sustituto vulgar, sobre la base de que carece de derecho alguno sobre los bienes gravados hasta que finalice el fideicomiso, por considerar que no dispone de derecho alguno sobre estos pues solo es tenedor de expectativas de derechos⁵⁴. Esta premisa le da la oportunidad de apuntar que en el fideicomiso de residuo *«lo condicionado no es el llamamiento en sí, sino su contenido; no está condicionada la cualidad de sustituto sino el quantum»*⁵⁵. Sirva, pues, esta referencia como un ejemplo

⁵³ «...porque nos hallamos en la frontera, siempre difusa, entre la interpretación integradora de la voluntad testamentaria —admitida sin dificultad en el ámbito testamentario— y su integración —unánimemente excluida, dada la naturaleza del negocio testamentario—».

⁵⁴ «En tal sentido, deben rechazarse aquellas posiciones que consideran que la disposición de residuo no implica sustitución vulgar tácita porque aquélla no atribuye al favorecido, desde el momento del fallecimiento del causante y sobre los bienes objeto de la disposición, un derecho firme y definitivo, sino un simple derecho eventual o expectativa, cuya definitiva adquisición queda pendiente, hasta el fallecimiento del instituido, de la falta de ejercicio por éste de su facultad de disponer de la totalidad de los bienes objeto de la disposición».

⁵⁵ Continúa el texto: «Cualquier otra conclusión llevaría a considerar que cualquier legado que pueda establecer un testador está siempre condicionado en la medida en que queda

más de la ligazón existente entre la naturaleza condicionada del llamado como fideicomisario como fundamento para negarle el papel de sustituto, y, por tanto, como la superación de la tesis condicional arrastra, también, a la que le niega el rol de sustituto vulgar, en cualquier caso.

En segundo lugar, el texto de la Resolución, partiendo de la diferencia existente entre sustitución fideicomisaria normal y de residuo, pero reconociendo que esta última es una modalidad de la primera, justifica que, en consecuencia, no pueda presumirse que la sustitución fideicomisaria presuponga de forma implícita la vulgar⁵⁶. Pero la DGRN va más lejos. Podría haberse quedado aquí, pero quiere apuntar algo más, que se convierte en la pieza esencial de su argumentación y que, a mi juicio, es la aportación más significativa de esta Resolución. Así, dice que esta afirmación no puede llevar a establecer una presunción contraria, de tal modo que deba colegirse que, si nada se ha dispuesto, la presunción juegue a favor de la no consideración de sustituto vulgar del fideicomisario de residuo⁵⁷. Por tanto, si nada puede deducirse de la voluntad del testador y estamos ante una sustitución fideicomisaria normal, debe entenderse que el fideicomisario actúa como sustituto vulgar del fiduciario. Pero si el fideicomiso es de residuo, la no manifestación expresa de tal cualidad no debe tener una consecuencia contraria, tal cual es negarle tal cualidad. Entonces, ¿cuál es el camino? Lo apunta también el órgano jurisdiccional: si no hay manifestación expresa contraria a la consideración de sustituto vulgar y no puede inferirse que el testador quisiera la sucesión intestada⁵⁸, en ese caso debemos atribuir al fideicomisario de residuo la función de sustituto vulgar del fiduciario. Se simplifica, pues, la labor del intérprete; basta con probar que no existe voluntad de que se abra la sucesión intestada, lo que, en verdad, no es muy difícil pues dicha intención, de entrada, se encuentra excluida por el mero hecho de hacer testamento.

Tras este sutil y fino razonamiento, llegamos al punto de partida donde nos conduce el órgano jurisdiccional; un punto que no tiene retorno, y que sienta las bases para que muy difícilmente pueda negarse la cualidad de sustituto vulgar al

sin efecto si el testador dispone, por cualquier título, del objeto legado (vid. art. 869-2º del CC [LEG 1889/27]). Ello no impide, claro está, que el fideicomiso de residuo pueda estar sujeto a una condición como ocurre con la modalidad establecida para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto».

⁵⁶ «...que, si bien es cierto que en la sustitución fideicomisaria de residuo, a diferencia de lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria con obligación de conservar (sustitución fideicomisaria propiamente dicha), no cabe afirmar con carácter general y como resultado de una actividad estrictamente interpretativa, que la voluntad presunta del testador para el caso de que el primer llamamiento no sea eficaz es que tenga lugar el segundo...».

⁵⁷ «...no es menos cierto que tampoco quepa establecer la regla contraria por la que, a falta de previsión expresa del testador al respecto, deba presumirse, en todo caso, que ha preferido que se abra la sucesión intestada antes que llamar al fideicomisario de residuo salvo, claro está, que de la interpretación del testamento se pudiera deducir lo contrario...».

⁵⁸ «...que, atendidas las circunstancias del caso concreto sometido a decisión, ningún dato permite presumir que la voluntad de la causante fue la de que se abra la sucesión intestada».

fideicomisario de residuo. En consecuencia, y tras esta Resolución, tanto por ser la segunda en igual sentido como por, a su vez, las aportaciones y matices que en ella se contienen, podemos afirmar que, en muy contadas ocasiones, puede negarse la condición de sustituto vulgar al fideicomisario de residuo, pues el margen a dicha posibilidad es, ciertamente, muy reducido. Podemos, y ya para finalizar, representarnos alguna de estas situaciones. Por supuesto, cuando de forma expresa el testador así lo manifiesta. También pudiera predicarse en el caso de fideicomisos de residuo en los que el fiduciario se encuentre legitimado para disponer a título lucrativo, sin restricción alguna. Fuera de estos casos (de por sí muy específicos y pocos usuales), entiendo que el fideicomisario de residuo es, también, el sustituto vulgar del fiduciario, no procediendo, pues, la apertura de la sucesión *intestada* en caso de fallecimiento o incapacidad para suceder del primer llamado.

V. CONCLUSIONES

1. Las sustituciones fideicomisarias suponen una excepción a la no admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de negocios jurídicos fiduciarios.
2. La confianza es la causa que justifica las sustituciones fideicomisarias, pues solo la confianza del testador en el fiduciario, legitima el particular régimen jurídico del encargo que supone el fideicomiso.
3. El fideicomiso de residuo es una modalidad de sustitución fideicomisaria, no regulada específicamente en el Derecho común, que se caracteriza por que el fiduciario goza de capacidad dispositiva sobre los bienes que integran el fideicomiso.
4. El fideicomisario, normal y de residuo, son herederos del testador desde el momento de su fallecimiento. Por tanto, el derecho sobre los bienes es transmisible desde entonces.
5. El contenido del derecho que el fideicomisario de residuo ostenta sobre los bienes de la herencia gravados, sin embargo, se encuentra indeterminado hasta que se haga efectivo su llamamiento.
6. La obligación de conservar es una característica de las sustituciones fideicomisarias, aunque presenta particularidades de intensidad en los dos tipos. Así, al fiduciario normal, la obligación de conservar le impide, además, disponer de los bienes; el fiduciario de residuo, facultado para disponer en determinadas ocasiones, está obligado, también, a conservar los bienes no dispuestos e, incluso, aquellos que ocupen su lugar por subrogación real.
7. Excepto que haya sido excluida por el testador, de forma expresa o tácita, la subrogación real debe operar automáticamente en el fideico-

miso de residuo, para dar cumplimiento a la voluntad del causante de que el segundo llamado sea, en cierta medida, beneficiario de todo o parte de los bienes.

8. El fideicomisario de residuo debe ser considerado sustituto vulgar del fiduciario, a no ser que el testado de forma explícita o implícita, hubiera manifestado su voluntad de no excluir la sucesión intestada.

VI. REFLEXIÓN FINAL: «SIEMPRE LA BUENA FE...»

No quisiera acabar estas líneas sin referirme a las intensas relaciones que el régimen jurídico propuesto para esta figura tiene con un principio general del Derecho, la buena fe. A la luz del mismo, he ido proponiendo o apuntando soluciones siempre teniendo presente en ellas la aplicación de este importante principio general de nuestro Derecho, con eficacia normativa, en muchos casos.

La buena fe es la que impide, por ejemplo, considerar lícito el uso de la facultad dispositiva de la que es legítimo titular el primer llamado que pueda dejar descapitalizado el fideicomiso constituido. En consonancia, hemos propuesto la operatividad automática de la subrogación real para evitar que comportamientos como este puedan generarse. Es, asimismo, una exigencia de la buena fe evitar que el fiduciario haga un mal uso de los bienes gravados, en tanto no disponga de estos, por lo que mantenemos que existe, también en el fideicomiso de residuo una obligación de conservar estos bienes.

No podemos, ni queremos, desprendernos de este principio, al analizar el encargo sustentado en la confianza que subyace en esta institución. En su virtud las soluciones apuntadas pivotan sobre el deseo del testador de que el segundo llamado sea beneficiario de todo o parte de los bienes. Y así, hemos defendido que el fideicomisario debe ser considerado sustituto vulgar del fiduciario, a no ser que fuera otra la voluntad del testador.

Porque hay una realidad de la que parten estas reflexiones, el fideicomisario de residuo es un heredero del causante, es un sujeto favorecido por la herencia de este desde que fallece el testador, por lo que cualquier regulación debe tender a buscar ese beneficio, máxime cuando, además, es una exigencia de la buena fe que así sea. Lo contrario sería apartarnos de la esencia y sentido de la institución, para perdernos en argumentos más o menos correctos, y alejarnos de una interpretación de las normas adherida y conforme a la buena fe que inspira nuestro ordenamiento jurídico.

RESUMEN

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA
FIDEICOMISO DE RESIDUO
SUSTITUCIONES TESTAMENTARIAS

En este trabajo se aborda el estudio de una figura tradicional del Derecho de Sucesiones: el fideicomiso de residuo. Para ello se lleva a cabo una revisión crítica de los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales, ofreciendo soluciones a las cuestiones más conflictivas o cuya resolución comporta consecuencias jurídicas más relevantes. Enrichido, todo ello, por un detallado análisis de la jurisprudencia más reciente, de la que se sirve la autora, bien para rechazarla, bien para coincidir en sus postulados. De ahí la actualidad que impregna este artículo y que dota de modernidad a una institución tan clásica como es el fideicomiso de residuo.

ABSTRACT

TRUST
TRUSTEESHIP OF THE RESIDUARY
ESTATE IN THE EVENT OF THE
HEIR'S DEATH BEFORE THE ASSETS
OF THE ESTATE ARE ENTIRELY
EXTINGUISHED
REAL SUBROGATION

This is a study of that traditional concept in succession law, the trusteeship of the residuary estate in the event of the heir's death before the assets of the estate are entirely extinguished. A critical overview of the approaches found in legal thought and case law is presented. Solutions are offered to the more-conflictive issues and the questions whose resolution involves dire legal consequences. A detailed analysis of the most-recent case law is given, including the author's views about which portions of case law she agrees with and which portions she rejects. As a result, this up-to-the-moment article finds the modern significance in the ever-classic institution.

*(Trabajo recibido el 18-6-2012 y aceptado
para su publicación el 29-5-2013)*

Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar*

por

CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ
*Catedrática acreditada de Derecho Civil.
Universidad Complutense*

SUMARIO

- I. GENERALIDADES.
- II. EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL.
- III. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIAS POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES: LA VIVIENDA FAMILIAR.
- IV. LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.
- V. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA CUSTODIA COMPARTIDA.
- VI. LA VIVIENDA FAMILIAR: POSICIÓN DEL CÓNYUGE.
- VII. A MODO DE REFLEXIÓN.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER. 2011-22469 del Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «Negocio Jurídico de Familia: La autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema»; y forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 931083, dirigido por el profesor doctor RAMS ALBESA.

I. GENERALIDADES

Por vivienda familiar se ha de entender «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»¹. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1994 (1999/1994) en su Fundamento de Derecho segundo se refiere a ella como: «[...] bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario [...]». Y no debe ser considerada como vivienda familiar cualquier espacio físico, en este sentido han de excluirse aquellos sitios que no puedan servir de residencia a las personas que integran el grupo familiar, así como tampoco lo que hoy se conoce como segunda residencia.

La vivienda es un bien que se caracteriza por satisfacer una necesidad básica de la persona proporcionada a las circunstancias de la misma. Es el artículo 47 de la Constitución Española² el que se ocupa de la vivienda, precepto que se encuentra ubicado en la sección «De los principios rectores de la política social y económica». Por lo tanto, la vivienda debe gozar de un estatuto jurídico especial constituido por numerosas normas repartidas en distintos sectores de nuestro Ordenamiento jurídico, aunque ello no implica que todas las personas tengan garantizada una vivienda, como *de facto* así sucede.

En el ámbito del Derecho Civil «cuando al bien “vivienda” se le une el adjetivo calificativo “familiar”, se le aplican una serie de disposiciones que pueden llegar a contradecir principios tradicionalmente asentados para ciertos negocios (compraventa, arrendamiento, hipoteca), o, en un sentido más amplio, instituciones (matrimonio, sociedad de gananciales...). En cuanto al Código Civil se refiere, las reformas de 13 de mayo de 1981 y de 7 de julio del mismo año, introdujeron determinados preceptos dedicados específicamente a la vivienda familiar; unos aplicables a las situaciones de normalidad de todo matrimonio, con independencia de su régimen económico (art. 1320 del CC), otros sólo a los sometidos al régimen de sociedad de gananciales (arts. 1357 párrafo 2.º, y 1406.4 del CC) y, por último, otros referidos a la situación de crisis matrimonial [arts. 90.B) 3, 91, 96, 103, 104 del CC]⁴».

¹ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 588.

² Regula el artículo 47 de la CE: «Todos los españoles tienen derecho a gozar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...».

³ A partir de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, este apartado pasa a ser C), debido a que hubo de reordenarse las letras afectadas de los apartados por la adición de la B).

⁴ MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T., *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2, del Código Civil*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, págs. 17 y 18.

Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis matrimonial: separación, divorcio y nulidad. Así la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio introducen en el mismo preceptos relativos a la vivienda familiar «que no son sino la incidencia en este ámbito de la vieja preocupación por solucionar el derecho a la vivienda en general y, en particular, por adaptar la regulación del mismo a las necesidades e interés del individuo en su grupo familiar. La regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar, desde el que han de considerarse no sólo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda⁵». En la misma línea señala RAMS⁶ que «la preocupación de la mayoría de los poderes legislativos del mundo desarrollado por la vivienda familiar viene siendo una constante en el presente siglo, dando lugar a una serie interminable de leyes que, directa e inmediatamente o, por lo general mediatamente se ocupan de la cuestión». Ello es debido a que la función primordial de la vivienda familiar es cubrir el alojamiento de la familia.

La primera ley que de forma expresa se refirió a la vivienda común fue la de 24 de abril de 1958, que modificó ciertos artículos del Código Civil. Y en el antiguo artículo 68 regulaba las medidas que había de adoptar el juez, una vez admitidas las demandas de nulidad o de separación durante el desarrollo del proceso matrimonial, cuyo número 2 preceptuaba: «Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés general más urgentemente necesitado de protección...». Apunta SANCHO⁷ que «tras la reforma de 1975 la norma sigue refiriéndose a vivienda “común”, lo que puede ser equívoco en los términos de previa separación —como medida provisionalísima o de hecho— al entender que, en ellos, la situación debe continuar inmutada y el juez no puede alterarla tomando la

⁵ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 587.

⁶ RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, 1991, pág. 99.

⁷ SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 68 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. II, *Artículos 42 al 107 del Código Civil*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Editorial Edersa, Madrid, 1978. pág. 180.

determinación a que la norma se refiere. No debe entenderse así y el peligro se hubiese evitado hablando de vivienda “conyugal”».

Por el contrario, los artículos 90 C)⁸ y 96 del Código Civil, introducidos por la Ley 30/1981, de 7 de julio, se refieren a la vivienda familiar, en vez de común, pero no a vivienda conyugal, como pedía un sector de la doctrina. En opinión de LETE DEL RÍO⁹, hubiera sido conveniente que el legislador de 1981 hubiese optado por el adjetivo conyugal, «pues en los casos en que no hay hijos en el matrimonio es posible hablar de hogar, pero no de familia. Buena prueba de la oportunidad de esta matización es que el artículo, ha prescindido de la idea de *interés familiar* como criterio orientador de la determinación judicial». Si bien es cierto lo que destaca este autor, también se puede aducir que si se hubiera señalado vivienda conyugal en los distintos preceptos, podría entenderse que ésta se circunscribe exclusivamente a la ocupada por los esposos, y en la mayoría de los supuestos no es así, ya que es la vivienda que comparten los cónyuges junto con sus hijos, y en algunos casos, también, con los hijos de uno solo de los esposos. Parece claro que no se pueden dictar normas para cada potencial supuesto de hecho, ni configurar una situación de hecho inamovible, sino orientadoras de un criterio que debe presidir la decisión negocial de los cónyuges o, de no ser posible, por el arbitrio del juez.

II. EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 1320 del Código Civil¹⁰, cuyo contenido se reguló por vez primera en la Ley 11/1981, establece en su párrafo primero que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso autorización judicial, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los esposos. Se solicita, por tanto, una actuación conjunta de ambos esposos o, en su defecto, autorización judicial. Esta norma se encuentra en el capítulo de las disposiciones generales del régimen económico matrimonial,

⁸ La redacción de este apartado conforme a la Ley 30/1981 correspondía a la letra B), que pasó a ser C) tras la Ley 42/2003, sin modificarse su redacción, y establece: «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar».

⁹ LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 96», en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, dirigidos por J. L. LACRUZ BERDEJO, Editorial Civitas, Madrid, 1982, págs. 741 y 742.

¹⁰ Reza el citado precepto: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

o régimen primario, aplicándose con independencia del régimen económico patrimonial que rija constante matrimonio.

Conviene reseñar, qué se entiende por vivienda habitual. En principio, la interpretación que se podría dar al término de vivienda habitual de la familia sería «ante la dificultad de comprobar, un *animus perpetuo commorandi*, que la doctrina exige para la calificación de la expresión (que utiliza el art. 40 CC como determinante del domicilio), “residencia habitual”, parece más adecuado mantener que el sentido de la misma viene dado por el hecho de que se trate de la residencia “normal y de presumible continuación”¹¹». Esto es, la casa donde habita la familia, o en defecto de ésta los esposos.

El legislador, en este precepto, otorga una protección a la vivienda familiar durante el matrimonio, con independencia de quién sea el cónyuge titular del derecho sobre dicho bien. Y la jurisprudencia así lo ha considerado en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994 (1999/1994), en cuyo Fundamento de Derecho segundo establece: «[...] Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del artículo 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual “para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial”. El citado artículo habla de “disponer de los derechos sobre la vivienda”, por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda».

Como señala DE LOS MOZOS¹² este precepto «funciona como un límite establecido a la libertad de disposición del cónyuge titular sobre los derechos de la vivienda habitual, y de los muebles que son de uso ordinario de la familia, y que protege inmediatamente al otro cónyuge, de la arbitrariedad o mala voluntad de su consorte, y mediatamente, a la familia o al propio consorcio conyugal, pues, exige el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial, para que sea *válida* la enajenación de tales bienes o derechos». Posición similar mantiene SERRANO GÓMEZ¹³ al reseñar que: «Se trata, además, de una norma

¹¹ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 589.

¹² DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 1.º, dirigidos por M. ALBALADEJO, Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 126.

¹³ SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Colección Jurisprudencia Práctica, Editorial Tecnos, 1999, págs. 15 y 16.

inspirada en el deber de colaboración que tienen entre sí los cónyuges, evitando de esta forma posibles abusos de uno de los cónyuges que pueda perjudicar gravemente al otro. En principio podríamos pensar que la exigencia del doble consentimiento supone una restricción del derecho de propiedad, sobre todo en los casos en que uno sólo de los cónyuges es titular de la vivienda. Lo que ocurre, en realidad, es que el legislador ha considerado prioritario la protección del interés familiar. Por ello este interés predominante sobre cualquier interés privativo de un cónyuge, requiriéndose dicho doble consentimiento cualquiera que sea el régimen económico matrimonial o cualquiera que sea el titular del inmueble y el derecho en virtud del cual se posea».

El artículo 1320 hace referencia, únicamente, a los actos de disposición, deduciéndose, por tanto, que los actos de administración y gestión corresponden al titular del derecho sobre la vivienda. En este sentido opina HERRERO¹⁴ que «solo es aplicable a los actos que supriman o disminuyan las posibilidades de ocupación de la vivienda por el grupo familiar, pues dado el carácter limitativo de la norma, exige una interpretación restrictiva». Para DE LOS MOZOS¹⁵ de «lo que se trata, no es una limitación de la facultad de disponer, sin más, sino únicamente en función de la conservación de la vivienda habitual. Lo que realmente impide el artículo 1320 es la disposición *unilateral* de los “derechos” que uno de los cónyuges tenga sobre tales bienes, cualquiera que fuere la naturaleza de aquellos (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.), en modo en que su “uso” se sustraiga a la familia o a la sociedad conyugal, de forma definitiva o completa, o que pueda ponerlo en peligro, por ejemplo, no entraría dentro de la aplicación del supuesto, la enajenación de la vivienda para adquirir, en forma simultánea, otra más capaz, mejor situada, o más *conveniente*, desde cualquier punto de vista».

Sin embargo, la norma guarda silencio sobre los actos de disposición *mortis causa* de su titular, y en opinión de SERRANO ALONSO¹⁶, «la protección perseguida por el legislador puede fácilmente ser vulnerada mediante actos de disposición testamentaria. Si el artículo 1320 lo que trata de conseguir es que por actos de uno de los cónyuges —concretamente del titular del derecho sobre la vivienda— no se ponga en peligro el uso y disfrute de aquella por el otro cónyuge no titular y por el resto de la familia hay que convenir que tales actos pueden provenir tanto de negocios *inter vivos*, como *mortis causa*, y sin

¹⁴ HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 590.

¹⁵ DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 1.º, dirigidos por M. ALBALADEJO, Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 129.

¹⁶ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1986, pág. 93.

embargo, la ley sólo se ha preocupado de evitar las consecuencias del primer tipo de actos [...] Para el legislador el concepto de vivienda familiar subsiste en tanto ambos esposos vivan, desapareciendo a partir del momento del fallecimiento de uno de ellos; resultado que no parece lógico, pues la familia y su configuración no se extingue por la desaparición de uno de sus integrantes. Nos encontramos ante una laguna legal que considero debe ser suplida judicialmente con principios de equidad y generales del derecho».

Estoy de acuerdo en que el artículo 1320 del Código Civil se refiere exclusivamente a actos *inter vivos*, y como se ha señalado dentro de estos a los de disposición, haciendo caso omiso de los *mortis causa*, pero también se ha dicho que esta norma tiene un carácter restrictivo. Ya que si la limitación que se impone al titular de la vivienda se aplicara, también, a los actos para después de su muerte, la consecuencia sería que el propietario de la vivienda, que se ha usado como domicilio familiar, no podría disponer de ésta en su testamento, a pesar de ser un bien comprendido en su herencia. Lo que daría lugar a que si fuera el único bien o por lo menos el de más valor económico, el causante careciera *de facto* de patrimonio sobre el que disponer. Bien es cierto, y puede suceder, que al fallecer el cónyuge propietario de la vivienda familiar, el supérstite quede en una situación de desprotección en relación a la que gozaba constante matrimonio, en cuanto a la vivienda que hasta ese momento ha constituido el domicilio conyugal. La solución podría estar en que dicha vivienda la heredara el cónyuge viudo, bien a título de propietario o como titular de otro derecho (usufructo, uso, habitación). Pero esto no es así en muchas ocasiones, ya que la cuota del cónyuge supérstite es exigua en el Código Civil, y además en usufructo, aunque cabe que se le atribuya la vivienda si el causante ha constituido un usufructo universal a favor del cónyuge viudo, cada vez más usado en la práctica, o herede la parte de libre disposición, y en ella sea posible incluir la vivienda habitual.

Como puede observarse hubo una tendencia inicial a interpretar extensivamente este precepto, cuestión más que discutible, puesto que se trata de una limitación de un derecho subjetivo que no tiene carácter familiar, aunque sí consecuencias familiares. Por lo que son estas consecuencias las que se deben tener en consideración a la hora de acordar la anulabilidad que preconiza el texto.

III. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES: LA VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 1406 del Código Civil, ubicado en la Sección 5.^a¹⁷ cuya rúbrica es: «De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», se introdujo en nuestro Código, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en un intento de acercamiento a los Derechos forales y siguiendo las pautas de otros Derechos de países de nuestro entorno jurídico como Bélgica, Francia e Italia, sin que hubiera antecedente alguno en nuestro Derecho Civil común.

Este precepto señala determinados bienes gananciales, sobre los que los cónyuges tendrán derecho a que se incluyan con preferencia en su mitad de gananciales en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Atribuciones preferentes, que en opinión de RAMS¹⁸: «se configuran, en su aspecto formal y material, como contenido de un derecho *excepcional* frente a la regla de igualdad absoluta entre los cónyuges en la división de la masa común o ganancial». Además, «se trata de un derecho potestativo, concretamente de una opción legal, cuyo ejercicio depende de la voluntad exclusiva de su titular y que se materializa con la notificación fehaciente de la decisión al otro cónyuge en cualquier momento del proceso liquidatorio¹⁹». No obstante, considero que no hay ningún inconveniente para que los cónyuges puedan pactar la extensión de esta facultad a otros bienes, a pesar de no estar señalados en la norma.

Los bienes a los que hace referencia el artículo 1406 del Código Civil son: los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346²⁰, la explotación económica que gestione el cónyuge, el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión y la vivienda donde tuviese la residencia habitual. Como

¹⁷ Sección 5.^a del Capítulo IV, Título III del Libro IV del Código Civil. Señala dicho precepto: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance:

1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.

2.º La explotación económica que gestione efectivamente.

3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la vivienda habitual».

¹⁸ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 764.

¹⁹ GARCÍA URBANO, J. M.^a, «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 797.

²⁰ Precepto, el 1346, que señala los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, y el número 7 se refiere a «Las ropas y objeto de carácter personal que no sean de extraordinario valor». Cuyo antecedente en nuestro Código Civil puede encontrarse en el antiguo artículo 1420, aunque con matices distintos, que regulaba: «No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregaran al que de ellos sobreviviera».

señala DE LOS MOZOS²¹: «Aquí existe, además, una vinculación previa y un estado posesorio o cuasi posesorio (sabido es que el límite entre *usus* y *posse-sio* es bien escaso en Derecho moderno) respecto de unos determinados bienes comunes en relación de uno de los cónyuges, y que parece justo o equitativo que ahora se transforme o concrete en un derecho de atribución preferente, en el pago del haber común, aunque, según los casos, por razones singulares diversas, que van desde la *affectio* hasta la consideración de que esa relación preexistente con tales bienes ha sido fuente de producción de bienes gananciales. Por ello, estos derechos de atribución preferente ni pueden confundirse con un derecho de predetracción, ni derivarse de modo genérico de los derechos de la personalidad, por más que los de esta naturaleza tengan aspectos y consecuencias patrimoniales, sino de una relación anterior, respecto de los bienes de que se trate, de índole diversa y específica, en cada uno de los casos [...]».

En concreto, nos interesa el número 4.º del artículo 1406 que regula: «Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 4.º En caso de muerte del cónyuge la vivienda donde tuviese la residencia habitual».

Es este apartado el único de la disposición que se refiere de forma específica a que el cónyuge pueda optar con preferencia a un determinado bien, la vivienda habitual, siempre que ésta tenga naturaleza ganancial, si la causa de la disolución de la sociedad de gananciales es la muerte del otro cónyuge. Atribución que, a mi entender, sólo tiene lugar en este supuesto, y que entra en juego siempre que los cónyuges no hayan previsto nada respecto a la vivienda familiar en capitulaciones matrimoniales o en un acuerdo fuera de aquellas. Y cuyo fin es que el cónyuge viudo pueda optar a que la vivienda que ha sido y, podrá continuar siendo domicilio familiar, se incluya en su mitad de gananciales al disolver y liquidar la sociedad, con preferencia a que se asigne en la parte que corresponda a los herederos del cónyuge muerto, una vez pagadas las deudas, si es que las hubiera.

En los demás apartados regulados en el artículo 1406, esa atribución preferente para que se incluyan determinados bienes en el haber de uno de los esposos al disolverse y liquidarse la sociedad de gananciales, puede tener lugar en cualesquiera de los supuestos en que ésta concluya bien de pleno derecho o por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, y ello como consecuencia de la propia naturaleza de los bienes, ya que son de uso personal, o aquellos en los que uno de los cónyuges ha llevado a cabo su trabajo o profesión.

Que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a que se incluya con preferencia en su haber la vivienda habitual únicamente en caso de fallecimiento del otro

²¹ DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Editorial Edersa, Madrid, 1999, págs. 646 y 647.

esposos, se debe a que si la sociedad de gananciales se disuelve por otra de las causas reguladas en los artículos 1392 y 1393 del Código Civil, la solución con respecto a la vivienda familiar será totalmente diferente. Bien, porque si ha sido consecuencia de una situación de crisis matrimonial como la separación o el divorcio, o porque se haya declarado la nulidad del matrimonio habrá de tenerse en cuenta lo que hayan pactado los cónyuges en el convenio regulador, o las medidas que el juez dicte en la sentencia judicial. Y en el resto de los casos de disolución del régimen de gananciales o, en su inmensa mayoría, se atribuirá a uno u otro según acuerden los esposos que seguirán viviendo juntos, y lo harán, probablemente, en la vivienda donde hubiesen tenido su residencia habitual, con independencia de a quien se le haya atribuido la titularidad de la misma.

Posición contraria defiende GARCÍA URBANO²², que señala: «Los cuatro apartados se aplicarán dependiendo de la causa de disolución de la sociedad: los tres primeros en todos los casos (excepto en el de fallecimiento del único cónyuge beneficiario) y el cuarto en todos los casos de los artículos 1392 y 1393. Es inexacto reducir el número 4.º a los supuestos de disolución por muerte de uno de los cónyuges, ya que lo decisivo no es que la sociedad de gananciales concluya por el fallecimiento de una parte, sino que éste se haya producido antes del reparto del remanente ganancial».

Al hacer referencia este precepto a la vivienda habitual, hay que entender la casa donde esté fijado el domicilio conyugal, criterio del que discrepa RAMS²³ al decir que «no solo ésta sea susceptible de hacer nacer el derecho, pues éste puede recaer también sobre aquella otra que reúna los requisitos esenciales para ser vivienda familiar y sirva a la finalidad propia de la norma, valorada más por significación familiar que por su evidente e innegable contenido personalista, cuando estos dos elementos coincidan sobre otra vivienda-habitación distinta de la que podríamos denominar domicilio conyugal común». Más recientemente el mismo autor²⁴, en la misma línea, opina que: «Por “vivienda habitual” habrá de entenderse la casa-habitación en la que el supérstite tenía y tiene fijado su domicilio permanente u ordinario, y ésta será el objeto del derecho de atribución preferente.

Ello supone que el derecho de atribución no llega a nacer para aquellas viviendas que se conocen con la denominación usual de “segunda vivienda”, aunque en ellas habitase la familia una buena parte del tiempo.

²² GARCÍA URBANO, J. M.ª, «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 798.

²³ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 82.

²⁴ RAMS ALBESA, J. J., *La sociedad de gananciales*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, págs. 666 y 667.

Este planteamiento restrictivo resulta, para muchos casos, insuficiente y poco racional. El reconocimiento de una opción adicional permitiría que el cónyuge viudo pueda reorganizar su vida futura conforme a las perspectivas económicas, laborales y familiares que se derivan, más o menos directamente del estado de viudez. Debería poder optar, en mi opinión, por la vivienda más reducida, por la situada más cerca de su trabajo, por la que el clima es más favorable a su salud, etcétera, sin que la presencia de tal opción tenga que dañar los intereses y aspiraciones del cónyuge en mayor grado en que lo que puede hacer el reconocimiento del derecho de atribución limitado a un concreto objeto, más bien creo que ello puede servir para una mejor armonización de los distintos intereses en juego». Por mi parte, soy de la opinión de que si hay acuerdo entre el cónyuge sobreviviente y los herederos, podrá el primero optar por otra residencia, si ésta cumple mejor sus expectativas o necesidades, pero ya sobre la base de un pacto entre las partes, y no por imperativo legal.

Aunque esto ha sido siempre así, a tenor del principio de la autonomía privada regulado en el artículo 1255 del Código Civil.

La finalidad o pretensión de esta disposición, no es otra que otorgar una mayor protección al viudo, y únicamente a éste, no a sus hijos menores, aunque estos continuarían en la vivienda si el cónyuge supérstite optara por ella, debido a que están bajo su patria potestad. Y uno de los deberes y facultades, a tenor del artículo 154.1.º del Código Civil es: «Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». Como, también, seguirían viviendo en la misma si les ha correspondido en la herencia de su progenitor fallecido. Esta previsión, entiendo que hay que hacerla extensiva al supuesto de la declaración de fallecimiento de uno de los esposos, ya que firme la declaración de fallecimiento del ausente se presume que éste ha muerto y, además, ésta es una de las causas de disolución del matrimonio, y consiguientemente de conclusión de pleno derecho de la sociedad de gananciales, conforme al artículo 1392, número 1.º del Código Civil.

En este sentido matiza DE LOS MOZOS²⁵ que: «Este derecho de atribución preferente, aparte de ser una regla que se halla basada en la *officium pietatis*, pues entra en juego únicamente en caso de muerte del otro cónyuge, es por lo demás, una prolongación de la protección dispensada, por regla de régimen primario, a la vivienda habitual de los cónyuges». Y RAMS²⁶ señala que: «Para el sobreviviente, el derecho de atribución que se le otorga sobre la vivienda no está en absoluto desligado de sus deberes familiares y de sus funciones como

²⁵ DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1406 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 2.º, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Editorial Edersa, Madrid, 1999, pág. 655.

²⁶ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 820.

pater familiae, si tiene hijos menores a su cuidado. El que la norma aquí no preste atención a estas situaciones, en la misma medida en que se diseña la atribución del uso de la vivienda en los casos de separación y divorcio, no quiere decir, en modo alguno, que tales intereses no se encuentren presentes y con igual protección cuando tales circunstancias concurren». Pero esta protección a favor del esposo sobreviviente sólo tendrá lugar si la vivienda familiar o habitual tiene la naturaleza de ganancial, porque si ésta es privativa del cónyuge fallecido nada dice el Código respecto a la misma, y correspondería al heredero o herederos que hubiera dispuesto el causante, o a aquellos a los que se les atribuya en su parte de herencia, si estamos ante una sucesión testada; y a los hijos o descendientes, en defecto de estos a los ascendientes, y por último al cónyuge viudo, en la sucesión intestada. Lo que significa que el cónyuge supérstite queda totalmente desprotegido con respecto a la vivienda que ha sido su domicilio conyugal, si este bien es privativo, excepto si el causante se lo ha dejado en herencia y su valor no supera la cuota hereditaria que le corresponda.

Aunque el cónyuge supérstite tiene derecho a que se le incluya con preferencia en su haber la vivienda habitual, siempre que sea ganancial, existe un límite, y es que tenga cabida en su mitad de gananciales, pudiéndose, por tanto, atribuir la totalidad o una parte de la misma, si lo que le corresponde en su mitad de gananciales no cubre todo su valor. Por lo que, el artículo 1406 hay que ponerlo en concordancia con el 1407 del Código Civil que regula: «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero».

Precepto, el 1407 que concede al cónyuge viudo la opción de poder elegir entre los derechos de propiedad, uso o habitación sobre la vivienda habitual, con el único límite de que si el valor de este bien o derecho supera la parte que le corresponda en su mitad de gananciales deberá abonar la diferencia en dinero. Con ello al «atributario le permiten prácticamente calibrar y colmar su más importantes necesidades, cualesquiera que sean sus personales circunstancias, pudiendo ejercer la atribución teniendo en cuenta su situación económica personal, su posición en el consorcio, su esperanza de vida y sus proyectos personales y profesionales de futuro²⁷». Esto es muy cierto, pero únicamente en el supuesto de que la vivienda familiar goce de la naturaleza de bien ganancial, puesto que si es privativa, el cónyuge supérstite no tiene ninguna opción sobre la misma, excepto si el causante se lo ha dejado en herencia.

²⁷ RAMS ALBESA, J. J., «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales (Régimen y naturaleza)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 568 y 569, pág. 1011.

Para RAMS²⁸ es «la primera vez que en el Derecho positivo español se contempla la constitución *ex lege* de este tipo de goce sobre cosa ajena. [...] Entiende que el legislador de la reforma de 1981 tuvo muy presente las históricas diferencias cuantitativas que separan al usufructo del uso y la habitación y las que diferencian, a su vez, a estos dos últimos derechos, ofreciendo una elección mucho más acorde con las necesidades potenciales que requiere un nuevo proyecto de vida en contemplación del estado de viudez²⁹».

Se plantea el mismo autor³⁰ si como hipótesis podría constituirse sobre la vivienda habitual un usufructo, y dice al respecto que «la respuesta debe ser, en todo caso, negativa, pues en tanto que se trata de una atribución preferente, es decir, del reconocimiento de un derecho que fuerza el desequilibrio de posiciones, por excepción a la igualdad que en principio se reconoce a los partícipes de una masa ganancial dividenda, tanto los objetos atribuibles como las formas jurídicas de atribución deben quedar constreñidas dentro de los estrictos ámbitos de actuación que ofrecen los artículos 1406 y 1407 del Código Civil y los deducibles de su interpretación sistemática [...]».

Cuestión distinta es la posibilidad de que, en el instrumento particional y tras la adjudicación de bienes y derechos propiamente dicha, se puedan crear por vía convencional otros derechos reales de goce sobre cosa ajena distintos de los previstos en la norma. Pues en tal caso se trataría de un acto negocial complementario del de la partición, pero distinto e independiente de ella, y, en todo caso, posterior, aunque coetáneo en cuanto a su ejecución material.

En la selección concreta de estos tipos de derecho real y en la exclusión de otros más usuales en la práctica diaria, parece evidente que el legislador midió con exactitud infrecuente en las últimas reformas el haz de facultades que trataba de proporcionar al atributario y los límites a que se le sometía como contrapartida a la posición privilegiada que se le reconoce. Se tuvo en cuenta que el uso y la habitación se adaptan especialmente bien a las finalidades prác-

²⁸ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 103.

²⁹ Matiza RAMS ALBESA, J. J., que: «Evidentemente no hay caso, si la opción es en pleno dominio, pero si se opta por el *derecho de habitación* es claro que, conforme a la disciplina del artículo 524-2 del Código Civil, la utilización de la vivienda que fue ganancial queda limitada a las piezas que requiera el atributario y la familia que con él conviva en cada momento, es decir, no podrá trasladar a esta vivienda su gabinete, despacho o consultas que tuviera establecidos en otro inmueble o abrirlos *ex novo*; posibilidades éstas que hay que reconocerle plenamente si su elección se inclina por la constitución de un *derecho de uso*, a través del cual puede satisfacer todas las necesidades que resulte capaz de proporcionarle la utilización del inmueble, siempre que esta utilización sea directa, sin intermediación alguna, y conservando su forma, sustancia y destinación económica objetiva». *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 103.

³⁰ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 104 y 105.

ticas perseguidas y a los intereses que se consideran dignos de protección con la institucionalización de las atribuciones preferentes».

Prosigue RAMS³¹ que, «dada la creciente práctica entre los matrimonios de Derecho común de concederse los cónyuges recíprocamente por capítulos, o por testamento, un derecho de usufructo viudal sobre los bienes del premuerto en su totalidad o sobre los que corresponderían a su cuota de gananciales, cabe preguntarse si ambas instituciones son compatibles y, por tanto, ejercitables acumulativamente o no [...]».

Tal armonía y su consecuente compatibilidad acumulativa pueden predicarse también respecto de un usufructo viudal convencional de ámbito más amplio y del derecho de uso y habitación sobre los concretos bienes a que se refiere el artículo 1407. Hay que tener en cuenta al respecto que el derecho de uso o de habitación, aunque más limitado en facultades y más personalista que el usufructo, tiene una duración incondicionada por el tiempo de vida del atributario, en tanto que el usufructo viudal está condicionado al mantenimiento por el favorecido de su estado de viudez, por lo que cabe entender que esta diferencia esencial supone que obedezcan ambas instituciones a distinta finalidad, por lo que el favorecido atributario podrá hacer uso pleno de la opción del artículo 1407 con independencia de aceptar el derecho de usufructo para el resto del patrimonio si existe, pues la finalidad del usufructo viudal se orienta al mantenimiento de las rentas que percibía el consorcio matrimonial a favor del cónyuge superviviente en tanto mantenga el estado de viudez, y la del uso o habitación, el disfrute personal de la vivienda en tanto viva, siendo indiferente para su continuidad que permanezca viudo o que contraiga nuevas nupcias. Por ello no cabe sino pronunciarse por la compatibilidad, pues se trata de derechos y finalidades distintos aunque muy próximos y con un mismo origen».

Comparto los argumentos que defiende el citado autor, aunque discrepo de que el «usufructo viudal está condicionado al mantenimiento por el favorecido del estado de viudez», ya que el Código Civil no regula en ningún precepto este tipo de usufructo y por tanto sus causas de extinción. Y tampoco se encuentra esta causa entre las de extinción del derecho de usufructo, reguladas en el artículo 513 del Código Civil³². Únicamente, se extinguiría el usufructo si el cónyuge estipulara en el testamento una condición resolutoria que consistiera en que el esposo sobreviviente no contrajera nuevo matrimonio, lo que es perfectamente válido conforme al artículo 513 número 2 del Código Civil, u otra condición,

³¹ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 105 y 106.

³² Preceptúa el artículo 513 del Código Civil: «El usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario. 2.º Por expirar el plazo porque se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4.º Por la renuncia del usufructuario. 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto de usufructo. 6.º Por la resolución del derecho del constituyente. 7.º Por prescripción».

por ejemplo, que mantenga una relación *more uxorio* con otra persona, a pesar de que en este supuesto no se pierde el estatus de viudo, pero que sí han tenido en cuenta la mayoría de los derechos forales que regulan el usufructo viudal³³. Además de que tal condición no va en contra de la ley, y el artículo 101 del Código Civil establece como causa de extinción de la pensión compensatoria el que el cónyuge acreedor pase a vivir maritalmente con otra persona.

Por el contrario, sí que se pierde por estas causas el usufructo de viudedad en el Derecho Foral aragonés, y así lo preceptuaba el artículo 119.c)³⁴ de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad, derogada por el Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, cuyo artículo 301 dice: «1. Se extingue el usufructo de viudedad: c) Por nuevo matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario». Al igual que en el Fuero Nuevo de Navarra que en la Ley 261, número 3, establece: «El usufructo de fidelidad se extingue: 3. Por contraer el usufructuario nuevas nupcias, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto». También, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, al igual que la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, regula el usufructo del cónyuge viudo antes denominado usufructo voluntario de viudedad³⁵. Cuyo artículo 236 señala: «Además de por las causas generales de extinción del usufructo, el del cónyuge viudo se extingue por: 2.º Contraer

³³ El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears regula el usufructo viudal, en el artículo 68 bajo la denominación de usufructo universal capitular, «que es el convenido en *espolits* para después de la muerte y, facultará al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos los bienes, quedando dispensado de formar inventario y prestar fianza. Como consecuencia del mismo, el usufructuario tiene que asumir una serie de obligaciones como prestar alimentos al heredero, a su consorte y a los hijos del cónyuge premuerto y del heredero que viva en la casa, así como consentir las disminuciones necesarias para constituir dote y pagar legítimas. El usufructo será inalienable, sin perjuicio de que, con el consentimiento del nudo propietario, se enajenen bienes determinados, subsistiendo el usufructo sobre el producto de la enajenación que no se destine a prestar alimentos o a pagar deudas o legítimas». Ningún precepto de la Compilación hace referencia a las causas de extinción de dicho usufructo, por lo que habrá que deducir que éste persiste a pesar de que el cónyuge viudo contrajere posteriores nupcias o pasare a tener una relación de pareja estable.

³⁴ Artículo 119 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad: «Se extingue el usufructo de viudedad: c) Por nuevo matrimonio o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario».

³⁵ Dispone el artículo 228 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia: «Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia».

Y el artículo 230 de la Ley 2/2006 preceptúa: «1. El usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges».

la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona. Salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto».

Posición opuesta regula la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones, cuyo artículo 442-4 regula el usufructo universal del cónyuge viudo o conviviente, y el apartado 3 se refiere a su extinción: «El usufructo universal se extingue por las causas generales de extinción del derecho de usufructo y no se pierde aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase a convivir con otra persona».

En el Derecho Civil del Código, el cónyuge supérstite no pierde su cuota legitimaria en usufructo aunque contraiga nuevas nupcias. Únicamente está obligado antes de entrar en el goce de los bienes a formar inventario haciendo tasar los bienes muebles y describiendo el estado de los inmuebles y, queda eximido de la obligación de prestar fianza sobre dichos bienes a no ser que contrajere ulterior matrimonio, conforme al artículo 492 del Código Civil en concordancia con el 491. Y en el supuesto de la reserva viudal regulada en el artículo 968 del Código Civil, que nada tiene que ver con la cuota legitimaria viudal, al cónyuge supérstite se le obliga a reservar a los hijos y descendientes del fallecido, la propiedad de todos los bienes que el cónyuge sobreviviente hubiese adquirido de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo, pero no su mitad de gananciales. Se desprende de esta norma, que los bienes a los que se refiere son los que recibe en propiedad, no en usufructo, y no los pierde sino que su única obligación es reservarlos para los hijos y descendientes, pero mientras el cónyuge viudo viva, éste los disfruta y mantiene. Obligación que cesa si los hijos mayores de edad renuncian expresamente a dichos bienes.

Como conclusión, y en relación con el artículo 1406, número 4, hay que señalar que se otorga al cónyuge supérstite la potestad de optar a que se incluya en su haber la vivienda habitual de carácter ganancial al liquidar la sociedad de gananciales, cuando ésta se haya disuelto por fallecimiento de su consorte. El fundamento es otorgar una protección al cónyuge viudo, aunque en la inmensa mayoría de los supuestos la vivienda habitual es el bien de mayor valor económico en la sociedad de gananciales y en algunos casos el único bien. Por lo que puede resultar difícil que se le atribuya su totalidad, a pesar de haber sido adquirida por ambos consortes, debido a que su valor supere el de la mitad de gananciales que le corresponde.

En este caso, el artículo 1407 posibilita que si el bien no se le puede adjudicar en propiedad, se pueda constituir un derecho de uso o habitación, solventándose así la protección que se trata de dispensar al cónyuge viudo. Pero esta protección, no es un plus que se le conceda como consecuencia del fallecimiento de su consorte, sino que sólo es una atribución preferente, de carácter potestativo para el cónyuge, con el fin de que se incluya, y por tanto compute la vivienda habitual en su mitad de gananciales.

Y únicamente si la vivienda habitual goza de naturaleza ganancial, ya que si es privativa del cónyuge fallecido, a pesar de que el régimen que rija en el matrimonio sea el de la sociedad de gananciales, la vivienda familiar formará parte de la herencia del causante. Por lo que habrán de aplicarse las normas del Derecho de sucesiones, esto es, las disposiciones que haya otorgado el causante en su testamento o bien las normas *ab intestato* si el causante ha fallecido sin testamento. Y que como sabemos no favorecen al cónyuge supérstite, ya que su cuota hereditaria es de un tercio de la herencia en usufructo. Aunque cabe que el cónyuge causante haya establecido en su testamento una cláusula *socini* a favor del viudo.

IV. LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

De los supuestos de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se ocupan los preceptos 1392 y 1393 del Código Civil. El 1392 regula aquellos en que dicho régimen económico-matrimonial concluye de pleno derecho y el siguiente artículo recoge los casos de disolución de la sociedad, cuando ésta se extingue por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges.

Los apartados del artículo 1392, de los que nos vamos a ocupar en este trabajo son los tres primeros, ya que afectan directamente a la atribución del uso de la vivienda familiar debido a que cesa la convivencia entre los esposos, como consecuencia de una situación de crisis matrimonial. Estos epígrafes establecen que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo y cuando se decrete judicialmente la separación de los cónyuges.

Los supuestos del artículo 1393, a excepción del número 3.º, no conllevan la extinción de la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos, ya que entre ellos no se ha producido ninguna ruptura del vínculo del matrimonio. Aunque, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda familiar, si tuviere la naturaleza de ganancial, se adjudicara a uno de los consortes en su mitad de gananciales, o se atribuirá a ambos en comunidad o pro indiviso, si no es posible incluirlo en el haber de uno ellos porque el valor de la vivienda sea superior a la parte que le corresponda. Así se determina una cuestión de titularidad sin que ésta afecte al uso del citado bien, pues con independencia de quien sea a partir de ese momento el titular de la misma, ambos esposos continuarán viviendo en ella, y seguirá siendo su domicilio conyugal, puesto que persiste el deber y por tanto la obligación de vivir juntos, regulada en los artículos 68 y siguientes del Código Civil.

El número 3.º del artículo 1393 del Código Civil señala que la sociedad de gananciales concluirá por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges.

ges en el supuesto de: «Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar». En este caso se está ante una separación de hecho matrimonial³⁶, que por ser tal no extingue el matrimonio como tampoco la separación judicial, aunque si pone fin al deber de vivir juntos, y por ende la presunción, salvo prueba en contrario, de convivir recogida en el artículo 69 del mismo texto legal. La separación de hecho se diferencia de la separación judicial, en que no hay procedimiento judicial, y consecuentemente sentencia que le ponga fin. Por lo que el juez no atribuye la vivienda a ninguno de los esposos, pues no se requiere su intervención, y serán estos los que acuerden en los pactos de separación a cual de ellos se otorga la vivienda familiar, que podrá atribuirse al cónyuge custodio de los hijos menores, al más necesitado de protección o, estipular algo distinto. Pactos que no han de ser aprobados ni homologados por la autoridad judicial.

Cuando la disolución de la sociedad de gananciales sea consecuencia de una separación judicial, divorcio o nulidad, a tenor del artículo 1392 números 1.º, 2.º y 3.º del Código Civil, el uso de la vivienda familiar corresponderá al cónyuge que se le atribuya en el convenio regulador presentado junto a la demanda si la separación o divorcio se ha decretado a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro; o en la resolución judicial dictada por el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, con independencia de la naturaleza jurídica del bien, ni de quien sea el titular de ésta³⁷.

Del convenio regulador se ocupa el artículo 90 del Código Civil³⁸, precepto que determina el contenido que como mínimo han de pactar los cónyuges, cuando pongan fin a la convivencia matrimonial por mutuo acuerdo o a peti-

³⁶ Vid. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La separación de hecho matrimonial*, Editorial Edersa, Madrid, 1982.

³⁷ Vid. SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi Editorial, 2001.

De suma importancia es el tratamiento que recibe la vivienda familiar con ocasión de la insolvencia familiar, es decir, del endeudamiento contraído por los cónyuges o por uno de ellos, en su condición de consumidores. En estos casos, y aunque no es objeto de este trabajo, señala JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «La vivienda familiar, libre de gravamen hipotecario, que pertenece en propiedad al concursado o al matrimonio, entrará en la masa activa del concurso (submasa ganancial o común o privativa). Nada lo impide, dado que no se trata de un bien inembargable, artículo 606.1.º LEC y queda sujeta a la responsabilidad universal, artículo 1911 del Código Civil. El carácter de vivienda habitual no justifica un eventual derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo que se trate de un bien privativo suyo. Si la vivienda habitual es ganancial, el único medio que tiene el cónyuge del concursado de rescatar tal vivienda, es la que le brinda el artículo 78.1 LC». «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *Familia y Concurso de Acreedores*, Editorial Civitas Thomson Reuters, 2010, págs. 263 y 264.

³⁸ Tanto el artículo 90 como el artículo 96 del Código Civil se encuentran en el Capítulo IX del Título IV del libro I, cuya rúbrica es: «De los efectos comunes a la separación, nulidad y divorcio».

ción de uno con el consentimiento del otro. Acuerdo que será aprobado por el juez, salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y, cuyo apartado C) se refiere a «la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar».

El artículo 96, de marcado carácter proteccionista y asistencial, al igual que los anteriores preceptos del Código Civil que han regulado la atribución del uso de la vivienda familiar³⁹. Establece dicho artículo que el juez, en defecto de acuerdo, adoptará en la sentencia judicial las medidas respecto al uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario, que corresponderán a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden⁴⁰; si alguno de los hijos queda en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo precedente; y no habiendo hijos corresponderá al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije⁴¹. Medidas que, también, ha de dictar el juez, mientras dure el procedimiento judicial, si así se ha acordado en las medidas provisionales previas a la admisión de la demanda y en las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda⁴², conforme a los artículos 102, 103 y 104 del Código Civil.

³⁹ Así, el artículo 68 del Código Civil, cuya redacción fue modificada por la Ley de 24 de abril de 1958, regulaba: «Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes: 2.ª Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquella». Precepto que sufrió un cambio como consecuencia de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, pero que no alteró la medida segunda, por lo que su redacción siguió siendo la misma, hasta la entrada en vigor del actual artículo 96 en virtud de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

⁴⁰ Es sabido, y así lo manifiesta SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., que «la razón que justifica la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge, en estos casos, es precisamente que los hijos han quedado a su cargo; por tanto, desde el momento en que esta circunstancia cesa, dejará de tener sentido la atribución del uso». «Atribución del uso de la vivienda familiar», en *Informe de Jurisprudencia, Actualidad Civil*, núm. 3, febrero de 2006, pág. 350.

⁴¹ En este sentido, la STS de 5 de septiembre de 2011 (624/2011), de la que es ponente el Excmo. Señor J. A. Xiol Ríos, cuyo Fundamento de Derecho quinto considera: «Al tratarse de un recurso por interés casacional, procede al mismo tiempo, de conformidad con el artículo 477.3 LEC, fijar como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

⁴² El artículo 103 del Código Civil reza: «Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de estos las medidas siguientes: 2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...». Así como los artículos 771 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Señala el artículo 771.2, párrafo segundo

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los aspectos más controvertidos que se presentan en los casos de crisis de matrimonial, ya que en la inmensa mayoría de los casos, cada cónyuge o excónyuge quiere que ésta se le adjudique. Y ello se debe a que es uno de los bienes más preciados, si no el que más en el patrimonio de los esposos, además del perjuicio que supone al esposo que se le priva de su uso. Ya que no sólo tiene que abandonar el domicilio conyugal, sino que desde el punto de vista económico tiene que alquilar o comprar otra vivienda donde establecer su domicilio, o como está ocurriendo, en demasiados casos en los últimos tiempos, volver al hogar paterno.

Debido a ello son muchos los recursos de casación que se presentan ante el Tribunal Supremo, una vez decretado el divorcio o la separación, ya que entre los antiguos esposos en demasiadas ocasiones no hay conformidad con la medida de la atribución del uso de la vivienda familiar adoptada por el juez en instancias judiciales inferiores. Sobre todo cuando al dictar sentencia, y conforme a lo preceptuado en el artículo 96, designa la misma al cónyuge no titular, por considerar que es el más necesitado de protección. Por lo que la jurisprudencia en esta materia es muy abundante, y muchas veces contradictoria en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

El artículo 96 párrafo primero del Código estipula que el uso de la vivienda familiar se atribuirá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, matiza GARCÍA CANTERO⁴³, opinión que me parece muy acertada, que no puede entenderse «en el sentido de que, en cualquier hipótesis, hay derecho a usar la vivienda del otro cónyuge aunque se disponga de una propia en dominio o en arrendamiento. Pienso que la protección del alojamiento familiar no puede llegar a tanto». Que se atribuya a los hijos se debe a que ha de primar el interés superior del menor⁴⁴, entre los que no sólo hay que incluir a los menores no

de la LEC: «En la misma resolución podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente con la custodia de los hijos y uso de la vivienda...».

⁴³ GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 410.

⁴⁴ La STS 304/2012, de 21 de mayo, va más allá, ya que atribuye el uso de la vivienda al cónyuge custodio y a los hijos menores, a pesar de no haber sido pedido en Primera Instancia. Cuyo Fundamento de Derecho tercero considera: «El artículo 91 del Código Civil establece que: “en las sentencias de nulidad, separación o divorcio [...], el juez en defecto de acuerdo de los cónyuges [...] determinará, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación a los hijos, la vivienda familiar [...]». En aplicación de esta norma, el artículo 774 LEC repite que el juez determinará en sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar. Lo anterior determina que el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello sólo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el artículo 91 del Código Civil la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el artículo 752.2 y

emancipados⁴⁵, sino que hay que hacer extensivo, desde mi punto de vista, a los incapacitados judicialmente, ya que también estos están bajo la patria potestad de sus progenitores.

En este sentido se ha pronunciado la STS 325/2012, de 30 de mayo⁴⁶, que en su Fundamento de Derecho quinto considera: «[...] Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de interpretación acordada en la Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación de 3 de diciembre de 2010».

Quedan excluidos los hijos mayores de edad⁴⁷, a pesar de que vivan con alguno de sus padres, puesto que ya no están bajo su patria potestad, excepto si

3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni éste podrá decidir la cuestión litigiosa, basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia.

En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984 (RTC 1984/120)».

⁴⁵ Cito una de las sentencias más recientes, que a su vez remite a sentencias anteriores, STS 325/2012, de 30 de mayo, que en su Fundamento de Derecho quinto considera: «El artículo 96.1 del Código Civil establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 de octubre; 451/2011, de 21 de junio; 236/2011, de 14 de abril y 861/2011, de 18 de enero, entre otras) [...]».

⁴⁶ Es ponente la Excm. Señora E. ROCA TRÍAS, así como de la mayoría de las SSTs a las que se hace referencia en este trabajo, hasta julio del pasado año que fue nombrada Magistrada del Tribunal Constitucional por Real Decreto 117/2012, de 20 de julio.

⁴⁷ En este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime, cabe citar entre otras: la STS de 5 de septiembre de 2011 (624/2011), citada en la nota 41; y la STS de 30 de marzo de 2012 (183/2012), cuyo fallo es: «desestimando en parte la demanda formulada y se declara que no procede atribuir el uso del domicilio familiar a las hijas del matrimonio ni a la madre, sino que se atribuye a don Héctor». Y ello se debe a la motivación del Fundamento de Derecho tercero: «[...] La STS 624/2011, de 5 de septiembre, del Pleno de esta Sala, distingue los dos párrafos del artículo 96 del Código Civil en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice

han sido incapacitados judicialmente durante su minoría de edad y consiguiendo se prorroga la patria potestad, o que se rehabilite si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado judicialmente⁴⁸.

El artículo 90 del Código Civil se refiere a la atribución del uso de la vivienda, sin añadir ningún calificativo, mientras que el artículo 96 cita expresamente vivienda familiar. No obstante, ello no ha sido obstáculo para que tanto

que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos “como concreción del principio *favor filii*”, pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas. Así se dice: “Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1.º del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad, se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1.º del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que regulan los alimentos entre parientes y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, [...] En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor no del párrafo 1.º, sino del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, según el cual: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”».

Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.ª Isabel, «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733, septiembre-octubre de 2012, págs. 2838-2852.

⁴⁸ En este sentido, la STS 325/2012, de 30 de mayo, a la que ya he hecho referencia.

la doctrina⁴⁹ como la jurisprudencia hayan estimado que en ambos supuestos se hace referencia a la vivienda habitual, entendida como tal la vivienda familiar o conyugal. Así se ha pronunciado la STS de 9 de mayo de 2012 (3057/2012), que en su Fundamento de Derecho cuarto considera: «[...] que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el artículo 233-20.6 del Código Civil de Cataluña permite esta atribución, sino que sólo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio⁵⁰. [...] En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituya la vivienda familiar».

⁴⁹ No obstante, opina GARCÍA CANTERO, G., que al referirse este precepto a vivienda familiar y no a vivienda habitual, «da al juez mayor discrecionalidad para disponer el uso de una vivienda de la familia, aunque no sea la habitual», «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 409.

⁵⁰ En este sentido cabe citar la reciente sentencia del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) 20/2012, de 30 de julio, cuyo Fundamento de Derecho sexto considera: «[...] Es por ello que el presente supuesto exige que se pondere entre la necesidad de que la hija menor de las partes cuente con una vivienda estable en la que residir, que haría inidónea la atribución de la vivienda familiar utilizada por el matrimonio a precario, y el legítimo interés económico de los litigantes en liquidar el patrimonio común sin cargas adicionales que lo afecten. Es cierto que la atribución del uso no impide la división, pero tal carga sería oponible a quienes adquiriesen el inmueble, por lo que podría tener incidencias en su valor.

Esa ponderación ha de resolverse lógicamente en este caso, a favor del superior interés de la menor, tal y como previenen el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, en el artículo 82.2 del Código de Familia de Cataluña y en el artículo 3 de la Llei del Parlament de Cataluña 8/95, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y de los adolescentes, estos vigentes cuando se inició el presente procedimiento, configurándolo como un principio prevalente sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Dicho interés no quedaría suficientemente protegido con la atribución a la madre y a la menor de una vivienda a precario.

De esta forma la norma estudiada —art. 76.3.a) CF— debe ser interpretada en el sentido de que puede concederse el uso de una vivienda diferente a la familiar en el curso del procedimiento matrimonial si las circunstancias del caso lo exigen por darse mayor satisfacción, con tal atribución a intereses superiores necesitados de protección.

Procede, en consecuencia, dado que la demandante ya solicitó desde la demanda la atribución del uso de la vivienda al amparo del artículo 76.3.a) CF, y que además, se estima lo más conveniente para el interés de la menor [STS, Sala 1.ª de 7-7-2004 (RJ 2004/51089)] atribuir el uso de la misma a la madre mientras dure la guarda de aquella al no existir razón para concederlo por tiempo superior al previsto en el artículo 83.2.a) CF».

Aunque, la STS de 10 de octubre de 2011 (695/2011) establece, en su Fundamento de Derecho quinto, que: «El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos». Como puede apreciarse, esta sentencia modifica el tenor literal del precepto al señalar que puede atribuirse una vivienda distinta de la familiar si prima el interés del menor, sin embargo hay que tener en cuenta que la casa que había desempeñado la función de vivienda familiar es propiedad de los abuelos paternos, y consiguientemente la familia se encontraba en una situación de precario⁵¹. Por lo que se atribuye como vivienda para la hija menor y la madre como progenitor custodio otra que pertenece a ambos esposos, aunque no era el hogar conyugal, ya que estaba arrendada en el tiempo de convivencia matrimonial, al igual que en el momento de comenzar el procedimiento judicial. Y como se señala en el Fundamento de Derecho tercero: «De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su

⁵¹ A partir de la década de los ochenta del siglo pasado, cada vez son más los procedimientos judiciales que se ventilan en los Tribunales como consecuencia de la cesión gratuita de una vivienda de padres a hijos y la posibilidad de que los propietarios puedan recuperar la vivienda tras una situación de crisis matrimonial, cuando ésta se atribuye al cónyuge custodio de los hijos menores que no tiene parentesco con el titular o titulares del bien. La jurisprudencia, tanto menor como del Tribunal Supremo, no ha sido unánime, ya que varía si la cesión del uso de la vivienda se califica como precario o comodato. Entre otras, las sentencias: STS 1022/2005, de 26 de diciembre; STS 1034/2008, de 30 de octubre; STS de 13 de abril de 2009; STS 443/2010, de 14 de julio; STS 695/2011, de 10 de octubre; STS 386/2012, de 11 de junio.

Vid. HORNERO MÉNDEZ, C., «Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, 2000; AGUILAR RUIZ, L., «Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble. Comentario a la STS de 13 de abril de 2009», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, 2010-1.

La STS 386/2012, de 11 de junio, cuyo ponente es el Excmo. Señor J. A. XIOE RÍOS, en su cuarto Fundamento de Derecho recoge la distinción entre precario y comodato, en la doctrina jurisprudencial, y considera: «A) La sentencia dictada por esta Sala el 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/180), citada por la parte recurrente, fija las pautas interpretativas y de aplicación, que sirven para resolver la cuestión, bastante frecuente, relativa a la procedencia de la reclamación de una vivienda por su propietario cuando ésta ha sido cedida a un familiar, para que fije en ella su domicilio familiar. Así se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha habido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas reguladoras de este negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario. Estos criterios han sido reiterados por esta Sala, entre muchas otras, en las recientes SSTs de 18 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/935) y 30 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3724)».

madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda».

Sin embargo, pienso que no debe haber inconveniente en atribuir el uso de otra vivienda a pesar de que no sea la habitual o familiar, si los cónyuges lo pactan en el convenio regulador, o hubiera consenso por parte de los esposos y el juez lo decreta como una de las medidas en la resolución judicial. Ello se desprende *a sensu contrario* de la STS de 9 de mayo de 2012 (284/2012), que en su Fundamento de Derecho cuarto considera: «Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El artículo 91 del Código Civil solo permite al juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el artículo 96. El artículo 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. [...] En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar».

Las formas de atribución del uso de la vivienda familiar que predica el artículo 96, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 39 de la Constitución Española son varias, y ello con independencia de quién sea el titular de la misma. Pues la vivienda puede ser de un solo cónyuge, porque sea un bien privativo, o se le haya atribuido en la liquidación de la sociedad de gananciales, si tenía naturaleza ganancial. También cabe el que la vivienda sea copropiedad de ambos cónyuges, porque fuera ganancial y al liquidar la sociedad haya correspondido a los dos, o porque hubiera sido comprada conjuntamente por los esposos sin tener régimen de gananciales. Lo que no impide, si así se ha estipulado en el convenio regulador, o lo ha considerado el juez en la sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial, atribuir su uso al esposo no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección; o al propietario de la vivienda familiar. «La atribución del uso de la vivienda familiar tiene como finalidad esencial el mantenimiento de las mismas condiciones familiares existentes antes de la ruptura; por ello el párrafo I establece que el uso puede atribuirse a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; con ello se establece una norma de marcado carácter

asistencial, que incluye una forma de contribución a las cargas familiares en relación con los hijos, como reconocen los artículos 92 y 93 del Código Civil. Además, el uso exclusivo puede también atribuirse al cónyuge no titular del local destinado a vivienda, cuando su interés sea el más digno de protección; en este caso no debe configurarse esta atribución como una forma de contribución a las cargas, que no existen, especialmente si se trata de supuestos de nulidad o divorcio, sino una forma de completar la pensión o incluso, de afrontar el deber de socorro mutuo, si se trata de la atribución de la vivienda en un supuesto de separación⁵²».

Por ello, algunos autores, RAMS⁵³ entre otros, opinan que: «el elenco de soluciones prevista, su propia redacción y la práctica ausencia de discusión parlamentaria ponen de manifiesto que a los legisladores les interesaba mucho más el arbitrar unas soluciones prácticas, aunque éstas fuesen sumamente discutibles y poco respetuosas para con la titularidad de los bienes, que la resolución del verdadero problema en el plano teórico». Al igual que ROCA TRÍAS⁵⁴, que señala que esta disposición, el artículo 96, resulta difícil de comentar y «no tanto por la oscuridad de la redacción del artículo, lo que no ocurre, sino por las consecuencias que comporta la atribución de la vivienda a persona distinta del titular de la relación jurídica».

En este sentido, ESPIAU⁵⁵ dice que «la consideración de que la vivienda familiar supone un régimen jurídico peculiar del inmueble se manifiesta también en una situación de crisis matrimonial; pese a ella y precisamente a consecuencia de la misma, se establece la necesidad de su atribución a uno de los cónyuges y que dicha atribución rija por otros criterios, antes que por el que correspondería a la titularidad de la vivienda. La regulación de la atribución en una crisis matrimonial deroga, pues, lo que podría calificarse como régimen *normal* de la misma, entendiendo como tal aquél que determinará su atribución a quien fuera titular».

RAMS⁵⁶ es de la opinión de que «el juez para formar su criterio sobre el mejor interés entre los dos, evidentemente discrepante, deberá tener precisamente en

⁵² ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, págs. 398 y 399. Posteriormente ha sido esta autora, la que ya como Magistrada del Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar, una vez extinguida la convivencia matrimonial en la separación y disuelto el vínculo en el divorcio.

⁵³ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*; Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 100.

⁵⁴ ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 607.

⁵⁵ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, págs. 198 y 199.

⁵⁶ RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*; Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 117.

cuenta las circunstancias que con carácter pretendidamente exhaustivo se enumeran en el artículo 97 y muy particularmente las señaladas en este precepto como 2.^a, 3.^a, 7.^a y 8.^a, pero no sólo en el cónyuge que no sea titular que pretenda la atribución en uso de la vivienda que fue familiar, sino valorando las específicas circunstancias que concurren en ambos cónyuges. No nos encontramos ante un mero desequilibrio que da lugar al nacimiento de una obligación económica, sino ante unas circunstancias que conducen a la privación de determinadas facultades sobre una cosa para quien es titular privativo de la misma, por lo que se predica que el interés protegido tiene que ser patente, pues obliga a salir de la vivienda a quien la ocupaba, no a título de cónyuge, sino como verdadero titular de la misma».

Cito dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, una primera de 30 de marzo de 2012 (183/2012), en la que se atribuye la vivienda familiar al marido, titular de la misma, y no a la esposa, por no haberse probado la necesidad de esta última, doctrina que todavía no es frecuente, pero que sin embargo me parece acertada, y que debería continuar en futuras sentencias. Considera dicha sentencia en el Fundamento de Derecho cuarto que: «2.º Si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a [la esposa], las razones deberían haber estado fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores que el artículo 96 del Código Civil no tutela.

3.º No constituye un interés digno de protección de acuerdo con el artículo 96.3 del Código Civil, la convivencia de la esposa con sus hijas mayores, ya que como se ha dicho antes, éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres».

Y la STS de 5 de noviembre de 2012 (671/2012)⁵⁷ que, también, atribuye la vivienda familiar al esposo, cuya titularidad ostenta, al haber adquirido la madre una vivienda que cubre las necesidades de la hija menor con dignidad y decoro. Considera su Fundamento de Derecho segundo que: «El interés, sin duda prevalente de la menor, demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que conforme a la regla dispuesta en el artículo 96, se identifica con la que fue la vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio. Por ello, el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso a la hija menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.^a del Código Civil. El artículo 96, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011 (*RJ* 2011/3021), presupone que

⁵⁷ Ponente Excmo. Señor J. A. SEJAS QUINTANA.

este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores, y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y el deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 del Código Civil de Cataluña, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada [en cierta forma, en el art. 81 del CDF aragonés (STS de 10 de octubre de 2011) (RJ 2011/6839)].

Ocurre así en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que ésta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento».

Por último, una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 29 de diciembre de 2011 (672/2011), que me ha llamado la atención, ya que atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa y al hijo, a pesar de que el marido no es el padre biológico del menor, pues así se demostró como consecuencia del procedimiento judicial que se ventiló, una vez interpuesta la demanda de juicio declarativo en el que ejercitó la acción de impugnación de reconocimiento de filiación, y solicitó que se declarara la nulidad del reconocimiento realizado. Cuyo Fundamento de Derecho segundo dice: «[...] la vivienda se atribuyó a la esposa en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y para modificar dicho pronunciamiento hubiera sido necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, acreditar que el interés del esposo era el más necesitado de protección, valorando la situación patrimonial económica y patrimonial de cada uno de los esposos, las personas que se verían obligadas a salir de la vivienda familiar, la posibilidad de contar con otra vivienda que cubra las necesidades de alojamiento, la situación personal y laboral de cada uno de los afectados, el título de ocupación de la vivienda, etc.

Tal acreditación [...] correspondía al actor, y es evidente que no se ha producido, puesto que la sentencia apelada se basa únicamente en el resultado de la prueba biológica». Es sobradamente conocido el carácter proteccionista del artículo 96 del Código Civil, pero me sorprende que en este caso la vivienda

se atribuya a la esposa, cuando el marido no es el padre del menor, y se le adjudique a ésta por considerarse que su interés es el más digno de protección. Ciertamente hay que tener en cuenta el interés superior del menor, que prima en nuestro Derecho, desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, y que lo recogió por vez primera. No obstante, el artículo 96 se refiere a «los hijos» y, en este supuesto concreto, el menor no es hijo del marido, a pesar de haber nacido constante matrimonio y, haber sido inscrito como tal sobre la base de la presunción de paternidad matrimonial regulada en el artículo 116 del Código Civil⁵⁸.

A juicio de MORENO VELASCO⁵⁹, posición a la que me sumo, «que el interés del menor sea prevalente no significa que cuando sea posible atender todos los intereses no se tome una medida que ampare todos los derechos e intereses. El interés del progenitor no custodio de disponer de su parte del bien normalmente más importante de la economía familiar, con objeto de rehacer su vida, es atendible por el ordenamiento jurídico y estando atendido el interés prioritario de su prole de disponer de una vivienda adecuada, el juzgador debe atender también su interés. Solo en caso de conflicto de intereses sería prioritario el interés del menor y ese es el sentido que considero debe darse al artículo 96 del Código Civil, interpretado de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas».

Por ello me parece sumamente interesante la doctrina recogida en la STS de 30 de abril de 2012 (262/2012)⁶⁰, que tiene en cuenta los intereses de todas las partes, y por tanto el del menor, al mismo tiempo que respeta la titularidad del marido sobre la vivienda que se va a atribuir. Y que aunque pionera debería seguirse, siempre que fuera posible dividir la vivienda que fue común de los esposos. Cuyo Fundamento de Derecho tercero considera: «El recurso se divide en dos motivos que se van a examinar conjuntamente. El primer motivo pone de relieve la existencia de dos corrientes de interpretación del supuesto de división material y adjudicación de la vivienda familiar puesto que el procedimiento matrimonial no es el marco adecuado para dilucidar la división material y adjudicación de los diferentes componentes de la vivienda familiar (SSAP de Santa Cruz de Tenerife 501/2002, de 29 de julio, y 729/2000, de 16 de diciembre, y SSAP de Las Palmas 198/1998, de 27 de julio, y 366/2008, de

⁵⁸ Reza este precepto: «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

⁵⁹ MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar las necesidades de la vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores», en *Diario La Ley*, núm. 7843, Sección Tribuna, 23 de abril de 2012, pág. 2.

⁶⁰ La ponente es la Excm. Señora E. ROCA TRIAS.

29 de mayo; SAP de Murcia 342/2003, de 20 de noviembre, y Madrid, de 5 de abril de 2001). Un segundo criterio jurisprudencial admite la división material de la vivienda al amparo del artículo 96 del Código Civil, siempre que se acredite que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad y no exista relación conflictiva entre los interesados (SSAP de Sevilla 26/2008, de 31 de enero; 68/2000, de 3 de febrero; SAP de Madrid, 549/2010, de 26 de julio; Alicante 648/2003, de 20 de noviembre, y Albacete, de 20 de octubre de 2008).

El segundo motivo dice que las sentencias indicadas como favorables a la petición del recurrente indican que los requisitos que se deben acreditar son tres: que sea posible la división desde el punto de vista material; que las unidades resultantes tengan condiciones de habitabilidad y que no exista conflictividad entre los cónyuges, requisitos que concurren en el presente supuesto [...].

El nuevo argumento lo proporciona el hecho de que el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el artículo 33 CE, que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como el artículo 47 CE, que consagró el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

Y el cuarto Fundamento de Derecho dice: «Consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina jurisprudencial: cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del Código Civil, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad».

El uso de la vivienda será durante el tiempo que persista la necesidad en el cónyuge no titular y que prudencialmente se fije, o mientras tenga la guarda y custodia de los hijos menores, que suele ser hasta que estos alcancen la mayoría de edad. Aunque como matiza XIOL Ríos⁶¹: «todavía queda pendiente de decisión jurisprudencial, acerca de si es posible tal limitación temporal cuando la atribución del uso de la vivienda se atribuye a uno de los cónyuges, sin hijos

⁶¹ XIOL Ríos, J. A., «Disolución del vínculo matrimonial: imposibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda en tanto los hijos sean menores de edad», en *Diario La Ley*, núm. 7700, Sección Comentario Jurisprudencial, de 22 de septiembre de 2011.

Vid. DE LA IGLESIA MONGE, M.^a I., «Atribución temporal del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, noviembre-diciembre de 2011, págs. 3451-3463.

menores, por representar el interés familiar más necesitado de protección⁶². Pues el Código Civil no recoge las causas de extinción de la atribución de la vivienda familiar, para ESPIAU⁶³: «parece posible distinguir distintos supuestos: así, la extinción de la posesión puede obedecer, en primer lugar, a la desaparición de la situación de necesidad que se pretende proteger a través de la atribución del uso de la vivienda familiar; puede obedecer, también, al transcurso del plazo de tiempo fijado para ello; y puede obedecer, por último, a la no utilización de la vivienda o a su dedicación a un uso distinto de aquel que determinó la atribución».

Que la limitación del uso de la vivienda familiar sea normalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, aun existiendo hijos menores, es la línea que ya se ha comenzado a pedir por algún sector judicial, y prueba de ello son las conclusiones del III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de Abogados de Familia⁶⁴, siendo una de las propuestas a tener en cuenta, «que la atribución del uso de la vivienda familiar se realice de forma temporal, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales».

No obstante, recientes sentencias del Tribunal Supremo consideran que si los hijos son menores de edad no se puede limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque ello pudiera ser una solución de futuro. En este sentido, la STS de 14 de abril de 2011 (236/2011) que en su Fundamento de Derecho segundo dice «...Efectivamente esta norma (art. 96 CC) no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá, a su vez, ser controlado

⁶² En la STS de 5 de septiembre de 2011 (624/2011), cuyo ponente es el Excmo. Señor J. A. Xiol Ríos, se limita el tiempo de atribución de la vivienda familiar, cuyo fallo establece que: «...adjudicamos a la esposa el uso de la vivienda familiar hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico-matrimonial».

⁶³ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 259.

⁶⁴ Celebradas en Madrid, del 28-30 de octubre de 2008. En el punto referente a la «Problemática actual de la atribución del Derecho de uso del domicilio familiar» se dice: «1.º Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil, de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias mientras se realiza la liquidación. Los plazos legales serán razonables para evitar que la realización urgente o precipitada de la vivienda desmerezca o perjudique su valor de mercado.

2.º Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

- a) La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.
- b) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal».

por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor. Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 de mayo de 2007, 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios. Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto».

Del mismo modo que la STS de 1 de abril de 2011 (221/2011)⁶⁵, que en su Fundamento de Derecho cuarto, considera: «[...] La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene “hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes”, momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de esta Sala (9 de mayo de 2007; 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras) en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división».

Y por último, la STS de 13 de julio de 2012 (499/2012)⁶⁶, cuyo Fundamento de Derecho octavo vuelve a considerar que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del

⁶⁵ Vid. PÉREZ GALVÁN, M.ª, «Vivienda familiar y crisis de pareja. Atribución del derecho de uso a propósito de la STS de 11 de abril de 2011», en *Diario la Ley*, núm. 7711, Sección Tribuna, 7 de octubre de 2011.

⁶⁶ Es la última sentencia del TS en la que es ponente la Excm. Señora E. ROCA TRÍAS.

interés del menor, que no puede ser limitada por un juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil».

Si sobre la vivienda habitual recae un contrato de arrendamiento, la actual Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, regula en su artículo 15.1, último inciso, que «el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil». Por lo que persiste la protección para el cónyuge, a pesar de no ser el titular del contrato de arrendamiento, siempre que por la circunstancia que sea, de acuerdo con los artículos 90 y 96, se le atribuya la vivienda que fue familiar, y que ha de poner en conocimiento del arrendador.

El último párrafo del artículo 96 preceptúa: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial». Limitación que, también, tiene el titular de la vivienda en cuanto a los actos de disposición de la misma durante la vida conyugal, y que como hemos visto, regula el artículo 1320 del Código Civil. Todo ello con independencia de quien sea el titular de la vivienda, ya que su fin es proteger, siempre a los hijos menores y al cónyuge custodio, o bien al cónyuge más necesitado en defecto de hijos menores. Para ROCA TRÍAS⁶⁷: «Se trata de una norma en la que se prohíbe la disposición unilateral, que se extiende tanto a los negocios relacionados con la propiedad (cuando el cónyuge titular tenga la propiedad de la vivienda), como la enajenación y constitución de los derechos reales y los dispositivos sobre el título de arrendatario, como la renuncia. A pesar de que el artículo 96 utiliza la expresión “consentimiento de ambas partes”, hay que decir que no existe disposición conjunta, sino disposición del titular acompañada de consentimiento del no titular, la ausencia de este requisito provoca la posibilidad del no titular de pedir la anulabilidad del acto hecho sin su concurrencia (art. 1322.I CC)». Entiende GARCÍA CANTERO⁶⁸ que en el caso del párrafo primero del artículo 96 «deben prestar su consentimiento también los hijos, si pueden hacerlo legalmente, y, si no, el padre o padres que ostenten la patria potestad, o, en caso de que tengan oposición de intereses, el defensor nombrado conforme al artículo 163. A juicio de LACRUZ, la venta del alojamiento familiar por sólo el cónyuge propietario, si se hace con reserva de usufructo en provecho del cónyuge sobreviviente y de la familia entonces convivente, no caería bajo la aplicación del 1320, ni bajo la del 96, párrafo 4.º; en cambio, piensa que merece distinto tratamiento la venta con reserva de arrendamiento».

⁶⁷ ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 401.

⁶⁸ GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. II (arts. 42-107 del CC), Editorial Edersa, Madrid, 1982, pág. 414.

Una solución de *lege ferenda* respecto al artículo 96 del Código Civil, que regula el uso de la atribución de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, sería que una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, si la vivienda no se puede adjudicar a uno de los cónyuges en su mitad de gananciales, debido a su valor económico superior, se procediera a su venta y se repartiera entre ambos cónyuges el dinero obtenido, con el fin de que cada uno tuviera opción a una nueva casa. Solución que me parece la más beneficiosa y equilibrada para ambos esposos, pero que sin embargo actualmente presenta un grave inconveniente, y es la crítica y difícil situación del mercado inmobiliario. Y si la vivienda es privativa, al cónyuge que ostente la propiedad, debe atribuírsele el uso de la misma, y satisfacer al otro cónyuge o excónyuge si fuera el más necesitado de protección, con una pensión alimenticia o compensatoria⁶⁹, si en este último caso ha lugar a ello. A los hijos menores de edad una pensión alimenticia, que tendrá que ser más amplia si el cónyuge custodio no tiene el uso de la que fue vivienda familiar debido a que ha de cubrir los gastos de la casa, pues dentro de los alimentos hay que incluir la habitación. Y si son mayores de edad y, no han terminado su formación por causa que no les sea imputable, proporcionarles alimentos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil⁷⁰.

⁶⁹ La STS de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/1637) en su Fundamento de Derecho segundo contiene una definición de la pensión compensatoria: «[...] La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el art. 97 del CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (sentencia de 2 de diciembre de 1987: “...todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrentes 142 y siguientes del Código Civil”»).

⁷⁰ Respecto a los hijos mayores de edad, la ya citada STS (183/2012), de 30 de marzo, que en su Fundamento de Derecho tercero considera: «Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 del Código Civil, más allá de la fecha en que se alcance la mayoría, debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad

Pues en la práctica se están dando situaciones que por proteger a un esposo, se posterga y desatiende al otro. Ya que la sociedad actual no es la misma de hace más de tres décadas, cuando se aprobó la Ley 30/1981, donde en la mayoría de los supuestos de separación, nulidad y divorcio había un cónyuge, generalmente la mujer, cuya situación económica era inferior a la de su marido, debido a su dedicación, en muchos supuestos en exclusiva, al cuidado de su familia y hogar⁷¹, y no trabajar fuera de éste lo que conllevaba a que no percibiera retribución económica alguna. Por tanto, me sumo a lo escrito por RAMS⁷², ya en el año 1987: «Estamos en presencia de uno de los muchos aspectos de la reforma del Código aprobada por Ley de 7 de julio de 1981 que debería ser revisada, no necesariamente para modificarla en lo sustantivo, sino para someterlo a reglas que propiciasen esa ansiada y, buscada seguridad jurídica igual para ambos cónyuges en situación de crisis matrimonial». Aunque, voy más lejos, y considero que ya ha llegado el momento en que el legislador modifique la redacción de este precepto, y que se mantenga el principio del interés del cónyuge más necesitado, pero sin olvidar que son muchos los supuestos en que los intereses de ambos cónyuges o excónyuges son dignos de protección, ya que los dos pueden encontrarse y de hecho se encuentran en situación de necesidad. Y otorgar a uno la vivienda familiar no implica que el otro no la necesite, por lo que la solución sería que cuando solo exista una vivienda proceder a la venta de la misma y repartir el dinero entre ambos consortes. Naturalmente, si la titularidad de la vivienda es común, ya que si es privativa le corresponde al titular de la misma.

Por ello no me parece adecuada la solución que ha adoptado la STS de 14 de noviembre de 2012 (700/2012)⁷³, pues a pesar de que ha atribuido el uso de la vivienda de forma alternativa entre los antiguos cónyuges, ya que, ¿dónde vive el esposo durante el tiempo, en este caso un año, en que corresponda la vivienda al otro? Es una solución salomónica y novedosa en nuestra jurisprudencia, pero que a mi entender no soluciona el problema. Lo más adecuado hubiera sido proceder a la venta de la misma, y repartir las ganancias entre ambos esposos.

indispensable para la habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos [...]».

⁷¹ En este sentido se ha manifestado el juez F. SERRANO: «La tendencia e inercia ha sido la de entender que la vivienda familiar ha de ser para las abnegadas y sufridas esposas o madres que se separan o divorcian, pues ellas son las llamadas por naturaleza, historia y tradición a la atención de la prole y las únicas llamadas a decidir sobre sus vidas, en un claro exponente de una rancia convicción radical que hace recordar otros respetables principios machistas reflejados en la legislación de la dictadura franquista, que hoy por unanimidad se rechazan». «Hay que reformar el artículo 96 del Código Civil para adaptar la atribución del uso a la realidad social», en *Revista Digital de Derecho de Familia*. <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=681>

⁷² RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pág. 121.

⁷³ Ha sido ponente el Excmo. Señor J. A. SEIJAS QUINTANA.

Aunque, es cierto, que tal y como está el mercado inmobiliario en los momentos actuales, la venta de la vivienda resulta difícil o muy complicada.

Considera, dicha sentencia en sus Fundamentos de Derecho: «Primero. El único de los dos motivos del recurso de casación que ha sido admitido, alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en relación al artículo 96 del Código Civil. Argumenta la parte recurrente que la resolución recurrida no ha valorado debidamente las circunstancias personales de las partes al atribuir la vivienda familiar a ambos cónyuges de forma alternativa, habida cuenta su avanzada edad, casi ochenta años, el precario estado de salud y que doña Mercedes tiene unos ingresos inferiores a los de su exmarido, conviviendo con ella dos de sus hijos, ya mayores de edad, y con un nieto menor de edad, constituyendo dicha vivienda la única residencia de ese subgrupo familiar, lo que determina que el uso exclusivo deba atribuirse a doña Mercedes por ser el interés más necesitado de protección.

Cita por un lado, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de fechas de 5 de abril de 2000, 10 de marzo de 1998 y 11 de febrero de 1997, las cuales establecen que, a falta de hijos menores, el cónyuge con ingresos inferiores al otro, representa el interés más necesitado de protección, salvo que exista otra circunstancia de entidad que deba ser tomada en cuenta, y con un criterio jurídico coincidente entre sí y dispar con el anterior. Por otro, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de fechas 13 de marzo de 2003 y 20 de abril de 2005, además de la recurrida, según las cuales aun cuando exista una diferencia de ingresos económicos, siendo las circunstancias de edad y salud semejantes, la esposa con ingresos económicos inferiores no representa un interés familiar más digno de protección en cuanto a la atribución de la vivienda familiar.

Segundo. El recurso, tal y como se ha planteado por la parte recurrente, no se ajusta a la exigencia del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Ello es así, en cuanto a la determinación del interés más necesitado de protección en el supuesto previsto en el artículo 96 del Código Civil, para la asignación del uso de la vivienda familiar, en el caso de no existir hijos menores de edad, porque la sentencia objeto del recurso, que necesariamente debe de ser tenida en cuenta en el juicio de contraste y es la única que puede ser modificada por la de casación, no niega la posibilidad de atribuir el uso al cónyuge más necesitado de protección por un tiempo determinado, antes al contrario, lo tiene en cuenta en atención a las circunstancias concurrentes en cada uno de los cónyuges, entre las que figuran las económicas, que no son las únicas, para establecer en su vista un uso alternativo, porque en «ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del exmarido, en el importe hoy próximo al sa-

lario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar»; conclusiones estas alcanzadas por el tribunal de apelación que deben ser respetadas en cuanto son consecuencia de la libre y ponderada valoración de los distintos factores que, en el caso, han servido para valorar la procedencia de asignar la vivienda familiar de forma alternativa entre los cónyuges, y ninguno de estos factores resulta absurdo, ilógico o irracional para modificarlo».

Para DE LA IGLESIA⁷⁴, «la situación de crisis económica que padecemos también en los últimos años ha agravado la situación, de ahí que haya un sector jurisprudencial que considera que con la liquidación del patrimonio, sean bienes gananciales o separación de bienes, un cónyuge puede adquirir su mitad de la vivienda al otro —si la compraron a medias— o puede venderse a un tercero y repartirse su precio. Y ello porque se cree que la medida de atribuir el uso a la esposa implica un beneficio para una parte.

También hay que tener en cuenta el problema que se plantea con el paso de los años y la independencia de los hijos. Como el uso se atribuyó a los hijos menores, cuando estos se independizan se debe liquidar la vivienda familiar como cosa común existente en la antigua sociedad de gananciales. Puede abonársele

⁷⁴ DE LA IGLESIA MONGE, M.^a I., «Atribución temporal del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, noviembre-diciembre de 2011, pág. 3442.

Señala la misma autora (*ob. cit.*, págs. 3443-3445) la existencia de una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales, ya que existen dos posturas diferentes:

«a) La primera línea, que es la más innovadora, aparece contenida en diversas sentencias como la de SAP de Valladolid (Sección 1.^a), de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006, que admite la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor y, por tanto, dependiente.

La citada sentencia concretamente entiende que: «Respecto de la atribución, sin límite temporal de la vivienda familiar a la esposa, en atención del interés más necesitado de protección, habida cuenta de que ostenta la guarda y custodia del menor, sobre la que se postula una limitación de hasta dos años o hasta que se proceda la liquidación de la sociedad de gananciales, argumentándose sobre el particular, el alto valor económico de la misma sobre cuya venta permitiría a ambos cónyuges la plena satisfacción de sus necesidades de vivienda propia, sin necesidad de adjudicar la familiar a uno sólo de los cónyuges, dejando al otro cónyuge al margen de los beneficios de la misma debe alcanzar favorable acogida, sustancialmente [...] En efecto, la meritada atribución no parece que deba efectuarse sin límite temporal alguno, que pueda considerarse en el tiempo, pudiendo inicialmente establecerse indefinidamente, pero con vocación de su modificación tan pronto pueda apreciarse la falta de su necesidad para poder subvenir a la necesidad de vivienda siempre prioritariamente a favor de los hijos necesitados de la misma, por derivación al cónyuge en cuya compañía queden, dice textualmente el artículo 96 del Código Civil».

b) Por otro lado, una segunda línea, de signo contrario, y de acuerdo con el contenido y la interpretación que desde siempre se ha hecho del artículo 96 del Código Civil, aparece entre otras, en la SAP de Las Palmas (Sección 1.^a), de 15 de octubre de 2007, recurso 355/207. Pronunciamientos que consideran *imperativa* la aplicación del artículo 96 del Código Civil y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores».

su parte en el valor del precio de la vivienda si quiere seguir habitándola y si no la vivienda puede transmitirse a un tercero».

V. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Una tendencia que está imperando en la reforma de los ordenamientos jurídicos, en los últimos años, es la regulación de la custodia compartida en los supuestos de quiebra del vínculo matrimonial, inspirada en las leyes anglosajonas *joint custody*. Este es el caso de algunos países de nuestro entorno, como Francia, que en la Ley 2002-305, de 4 de marzo, relativa a la patria potestad, incluye un párrafo 3.º en el artículo 373-2-9 de su *Code*⁷⁵.

El Código Civil español introduce la custodia compartida, de manera tímida, en el número 5 del artículo 92, que fue modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y establece: «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos». Apartado que hay que ponerlo en concordancia con el número 8 del mismo precepto que regula: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable⁷⁶ del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia

⁷⁵ Artículo 373-2-9 dice: «La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto de la residencia del niño, el juez podrá ordenar, con carácter provisional, una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de ese plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos». Tomado de la traducción del precepto de DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, pág. 2294.

⁷⁶ La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, cuya ponente ha sido la Excm. Señora E. ROCA TRÍAS, ha decidido en su fallo «declarar inconstitucional y nulo el inciso “favorable” contenido en el artículo 92.8.º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio». Señala en sus Fundamentos Jurídicos que: «[...] es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 117, 39 y 24 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada. [...] En conclusión, ha de afirmarse que la previsión

compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

En algunas Comunidades Autónomas españolas con Derecho Civil propio también se han ocupado de regular esta figura. Es el caso de Cataluña en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código Civil, relativo a la Persona y a la Familia, cuyos artículos 233-8, 233-9 y 233-10 se ocupan de la custodia de los hijos⁷⁷. Aragón lo establece con carácter prioritario en el artículo 80⁷⁸ de su Código de Derecho Foral aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Y la Comunidad Valenciana, cuya Ley 25/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan, lo regula en el artículo 5.2⁷⁹. Además estas leyes forales han establecido, al mismo tiempo en sendos preceptos, la atribución del uso de la vivienda familiar para cuando esto proceda. Así la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Cataluña, en su artículo 233-20⁸⁰ cuya rúbrica es «atribución o distribución del uso de la vivienda familiar»; el artículo 81 del Código Foral de Aragón,

normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex* artículo 92.8 del Código Civil debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores debe o no adoptarse tal medida».

⁷⁷ Artículo 233-8 del Código Civil de Cataluña: «1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente».

⁷⁸ Artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón: «1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adoptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. [...].

2. El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores [...].».

⁷⁹ Artículo 5.2 de la Ley 25/2011 de la Comunidad Valenciana: «Como regla general, [la autoridad judicial] atribuirá a ambos progenitores de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

Considero que la Comunidad Valencia no tiene competencia para legislar en materia civil a tenor del artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española. El Gobierno presentó un recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley.

⁸⁰ El artículo 233-20 del Código Civil de Cataluña dice: «1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados.

bajo el epígrafe de «atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar»⁸¹, y en la Ley 25/2011 de la Comunidad Valenciana, su artículo 6⁸² bajo la denominación «atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar».

Ya se ha concedido, en algunos casos, la custodia compartida⁸³, pero el problema se presenta cuando en estos supuestos, y como consecuencia del cese de la convivencia de los esposos en los casos de crisis matrimonial, se ha de atribuir el uso de la vivienda familiar y, ningún presupuesto del artículo 96 del Código Civil se refiere a ello.

Por lo que hay que acudir a la jurisprudencia, y tener en cuenta las pautas que han seguido nuestros Tribunales. Señala DE LA IGLESIA⁸⁴ que en algunas sentencias el criterio que ha predominado es que la vivienda se transmita si es de ambos cónyuges⁸⁵, y que cada cónyuge adquiera su propia vivienda con las resultas de la venta, donde vivirán con sus hijos en los periodos que les

2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta [...]».

⁸¹ El artículo 81 del Código de Derecho Foral de Aragón señala: «1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor [...]».

⁸² Artículo 6 de la Ley 25/2011 de la Comunidad Valenciana: «1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviere objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores de uno solo de los progenitores».

⁸³ La última estadística señala que el juez al acordar la guarda y custodia de los hijos, únicamente en un 10,8 por 100 se atribuye de forma compartida.

⁸⁴ DE LA IGLESIA MONGE, M.^a I., «Custodia compartida y el derecho del uso de la vivienda familiar», en *Análisis crítico de jurisprudencia, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, julio-agosto de 2012, págs. 2308-2313.

⁸⁵ SAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a) 291/2005, de 29 de junio, que considera: «[...] En cuanto a la atribución de la vivienda familiar se ha de tener muy en cuenta que es propiedad por mitades partes indivisas de ambos cónyuges aquí litigantes y los pactos que ambos copropietarios efectuaron es que la casa debía venderse... lo más conveniente es que dicho pacto se lleve a efecto, por cuando se considera que no es conveniente la atribución alternada a ninguno de los dos progenitores custodios porque ello constituirá una fuente continuada de problemas entre los progenitores y lo que pretende esta Sala es precisamente evitar

corresponda. Otra regla, muy utilizada en los últimos años, es que los menores se queden en el hogar familiar y que sean los progenitores los que se desplacen a éste en la temporada que les toque estar con sus hijos, sin que la vivienda se atribuya a ninguno de los esposos⁸⁶. Otra línea es atribuir la vivienda familiar a uno solo de los progenitores⁸⁷, atendiendo para ello motivos económicos, de salud, estar la vivienda adaptada para un discapacitado.

Parece que en un futuro no lejano va a producirse un cambio legislativo respecto a la custodia compartida, pues el ministro de Justicia, señor Ruiz-Gallardón, se comprometió en los primeros días de junio de 2012, a presentar en el plazo de seis meses una Ley de custodia compartida, que priorice el derecho del menor por encima del de los padres, y donde sea el juez el que pueda decidir el modelo que considere más conveniente para el niño respecto a su custodia, cuando los padres deciden separarse o divorciarse⁸⁸.

Por lo que el legislador tendrá que dar una nueva redacción al artículo 96 del Código Civil, en concordancia con la modificación del artículo 92 del mismo texto legal que será el centro de la reforma, al ocuparse este último precepto de las obligaciones de los padres con respecto a los hijos en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Y regular la atribución del uso de la vivienda familiar sobre la base de una custodia y guarda compartida entre ambos progenitores, ya que no habrá un único cónyuge custodio. Pues de ninguno de los

las ocasiones en que los mismos pudieran producirse. No se efectúa pues asignación alguna del domicilio que fue conyugal». SAP de Valencia (Sección 10.ª) 557/2006, de 18 de octubre.

⁸⁶ Sentencias: Juzgado Primera Instancia, núm. 8 de Gijón, de 3 de octubre de 2008 y de 22 de junio de 2010; Juzgado de Primera Instancia, núm. 20 de Palma de Mallorca, de 22 de enero de 2020 (26/2010); Juzgado de Primera Instancia, núm. 7 de Sevilla, de 8 de abril de 2011 (223/2011).

⁸⁷ Sentencias: Juzgado de Primera Instancia, núm. 28 de Madrid, de 19 de julio de 2007; Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de San Javier, de 22 de junio de 2007; Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Granollers, de 8 de octubre de 2009; sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 31/2008, de 5 de septiembre, y 9/2010, de 3 de marzo.

⁸⁸ Al mismo tiempo, se ha aprovechado una iniciativa de UPyD para pactar un texto en el que se pide al Gobierno que proceda a su regulación legal antes de seis meses. El texto consensuado, a través de enmienda transaccional, dice así: «El Congreso insta al Gobierno a que en el plazo máximo de seis meses, y sin perjuicio de las especialidades correspondientes en las Comunidades en las que exista un Derecho Civil Foral propio, desarrolle la regulación legal que modifique el artículo 92 del Código Civil y cuantos otros preceptos fueren necesarios para conseguir la viabilidad de la guardia y custodia compartida en los supuestos de ruptura de la unidad familiar, impulsando la conciliación y atendiendo al interés superior del menor; debiendo entenderse como un derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores, así como a la inversa, la obligación que tienen estos de ejercitar la corresponsabilidad parental».

Será la Comisión General de Codificación la encargada de redactar un Anteproyecto, en el cual se modifique el artículo 92 del Código Civil, con el objeto de que se deje de contemplar el carácter excepcional de la custodia compartida.

A febrero de 2013, todavía no se ha hecho pública esta propuesta, a pesar de que ya ha transcurrido el plazo señalado por el Ministro. Aunque una Comisión Ministerial está trabajando sobre este tema.

presupuestos regulados en el vigente artículo 96 cabe su aplicación a la custodia compartida, ya que el párrafo primero atribuye la vivienda habitual a los menores y al cónyuge en cuya compañía queden. Precepto, el 96 del Código Civil, que considero que debería haber sido modificado por la Ley 15/2005, que como he señalado introdujo en el Código Civil la custodia compartida, aunque de forma excepcional, y añadir un nuevo supuesto de atribución del uso de la vivienda familiar para estos casos. Pero ya que no se hizo en aquel momento, deberá ser cuando se regule de manera prioritaria la custodia compartida, el momento en que se aborde la modificación del artículo 96, e incluir un presupuesto que se refiera a los casos en que ésta proceda.

Aunque, a mi entender, ello puede presentar serias dificultades en la práctica, a la vista de cómo se ha regulado en algunos derechos forales, donde se ha preceptuado con una gran imprecisión, atribuyéndose la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que acuerden los cónyuges, tema sobre el que en la mayoría de los casos es difícil llegar a una solución pactada, o que lo otorgue el juez al que de ellos tenga una mayor necesidad, lo que también en muchos supuestos no es fácil de fijar, ya que probablemente ambos se encuentren en esa situación. Y sobre todo, si se atribuye la vivienda al cónyuge que no es titular de la misma. La solución que me parece más acertada, de entre las reguladas en los Derechos Forales, es la adoptada por la Ley 25/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana.

Y con respecto a las soluciones adoptadas por la jurisprudencia, algunas de ellas no me parecen las más adecuadas. Con ello me estoy refiriendo, especialmente, a aquella que considera que la vivienda se ha de atribuir a los hijos menores y que sean los padres los que se alternen en el uso de la misma. Creo que ello es una solución antieconómica, ya que los progenitores han de sufragar los gastos de tres viviendas, pues no será fácil que se pongan de acuerdo para que durante el periodo que no convivan con sus hijos, la vivienda que usen sea la misma para ambos cónyuges o excónyuges. Vuelvo a reiterarme por la solución de proceder a la venta de la que había sido vivienda familiar, y el dinero obtenido por la misma se reparta entre ambos esposos. Aunque soy consciente de la dificultad que acarrea una venta en los momentos actuales, al mismo tiempo que la vivienda que vayan a adquirir cada uno de ellos, si es que optan por esa solución, será inferior a la que tenían.

VI. LA VIVIENDA FAMILIAR: POSICIÓN DEL CÓNYUGE

Como sabemos, los artículos 90 C) y 96 del Código Civil se refieren a la atribución del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en los supuestos de crisis matrimonial. Atribución que corresponderá al cónyuge que los esposos hayan pactado en el convenio regulador y en defecto de éste,

será el juez el que adopte esta medida en la resolución judicial de la separación, nulidad o divorcio, y que se otorgara a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, y no habiendo hijos al cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección. Para ESPIAU⁸⁹ la atribución de la vivienda familiar que regulan estos preceptos: «se caracteriza fundamentalmente por dos notas: tratarse de una atribución del *uso* de la misma y realizarse en función de un interés —de los hijos o de los propios cónyuges— que se considera especialmente necesitado de protección y mientras dure esa necesidad».

Mientras que el artículo 1406 señala cuáles son los bienes de la sociedad de gananciales que cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, cuando se disuelva y liquide dicho régimen. El número 4.º hace referencia a la vivienda habitual, pero únicamente para el supuesto de que la disolución y liquidación de los gananciales sea por causa de la muerte del otro cónyuge. Y el artículo 1407 permite al cónyuge supérstite optar a la vivienda en propiedad, o que se constituya sobre ella un derecho de uso o habitación; pero si el valor de los bienes o el derecho es superior a la mitad de gananciales del cónyuge adjudicatario, éste deberá abonar la diferencia en dinero.

El uso de la vivienda familiar que se atribuye al cónyuge o excónyuge en los casos de separación, nulidad y divorcio es con independencia de quien sea el titular de la misma y del régimen económico-patrimonial que haya regido durante el matrimonio. El fin de la atribución del uso de la vivienda familiar es proteger a los más necesitados, así se desprende del artículo 96 del Código Civil. Esto es, a los hijos menores e incapacitados y al progenitor custodio; no habiendo hijos, podrá acordarse que corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. En este último caso con independencia de la buena o mala fe del cónyuge una vez declarada la nulidad; o de la culpabilidad o inocencia de uno de los consortes en la separación o divorcio. Aunque, a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se suprimieron las causas de separación y divorcio, y no cabe declarar a ningún cónyuge culpable de la crisis matrimonial⁹⁰.

Sin embargo, tras la Ley 15/2005, el uso de la vivienda familiar puede atribuirse a uno u otro cónyuge, sin tener en cuenta que la separación o divorcio

⁸⁹ Dice ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 199.

⁹⁰ La Ley 30/1981, de 7 de julio, introdujo en nuestro Ordenamiento el divorcio y reguló el divorcio causal y el divorcio por mutuo consentimiento. Institución que se había regulado por vez primera en España durante la II República, en la Ley de 2 de marzo de 1932, derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939, ya que la Ley de Matrimonio Civil de 1870 mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio, a pesar de establecer como obligatorio el matrimonio civil.

se haya decretado a petición propia, sea éste el causante de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual de su cónyuge o de los hijos de ambos. Aunque, en este último supuesto, parece poco probable que a ese cónyuge se le otorgue la custodia de sus hijos, y por ende no tendría derecho al uso de la vivienda familiar. Pero podría darse el caso que si fuera el más necesitado de protección, atendidas las circunstancias se le atribuyera por el tiempo que prudencialmente se fije, en el caso de que no hubiere hijos menores o incapacitados.

En este sentido ya señalaba LACRUZ⁹¹: «Conforme a la directriz esencial de la reforma, no hay aquí cuestión de culpabilidad o inocencia del cónyuge, salvo en cuanto una descalificación moral pueda influir en el juez al atribuir la compañía de los hijos. La asignación de la vivienda y objetos de uso prevista en el artículo 96 se realiza tanto en los supuestos de separación y divorcio como en el de nulidad, pues la ley no distingue: no obstante, en el caso de mala fe del cónyuge no propietario cuyo matrimonio se declara nulo, asignarle la vivienda, aun siendo quien cuida de los hijos, es contradictorio con los principios de los artículos 95-2 y 98 y solo se puede mantener en cuanto prestación a aquellos».

A diferencia del artículo 1406, que permite al cónyuge viudo optar por la vivienda habitual, sólo si ésta es ganancial, y siempre que se pueda incluir en su mitad de gananciales una vez disuelta la sociedad, sin tener en cuenta la necesidad del cónyuge superviviente, por lo que este precepto no le otorga una protección similar a la de los artículos 90 C) y 96 del Código Civil.

El cónyuge o excónyuge en los supuestos de crisis matrimonial sale beneficiado con respecto al cónyuge viudo en lo referente a la vivienda conyugal o familiar. Pues, a pesar de que el viudo tiene derecho a que se incluya con preferencia en su haber la vivienda familiar en propiedad, o constituir un derecho de uso o de habitación sobre la misma, se le computa en su mitad de gananciales, lo que únicamente procederá si éste es el régimen económico-matrimonial. Régimen, el de la sociedad de gananciales que a pesar de ser el legal subsidiario de primer grado en el Derecho común, cada vez es más frecuente que los cónyuges o futuros cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales el de separación de bienes, o lo estipulen constante matrimonio. Aunque, ello no es óbice para que la vivienda familiar, en muchos casos, sea un bien común de ambos esposos por haberla comprado pro indiviso.

Sin embargo, en los supuestos de crisis matrimonial, con independencia del régimen económico matrimonial, se atribuye el uso de la vivienda habitual al cónyuge más necesitado, o al que tenga la guarda y custodia de sus hijos menores. Así lo predica el Código Civil y el Tribunal Supremo, cuya doctrina es

⁹¹ LACRUZ BERDEJO J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, fascículo segundo, Librería Bosch, 1982, pág. 259.

muy abundante en esta materia. Cabe citar entre la más reciente jurisprudencia, las SSTS 236/2011, de 14 de abril; 451/2011, de 21 de junio; 659/2011, de 10 de octubre; 499/2012 de 13 de julio; 50/2012 de 30 de julio y 671/2012 de 5 de noviembre, que consideran que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil», y consecuentemente al cónyuge que viva con ellos.

Por el contrario, no se tiene en consideración la misma premisa respecto al cónyuge que al quedar viudo tenga hijos menores, o que la muerte de su consorte le origine un estado de necesidad. Soy de la opinión de que las circunstancias que se tienen en cuenta para proteger al cónyuge o excónyuge, durante y después del procedimiento matrimonial, se deberían tomar en consideración y aplicar al cónyuge viudo. Y si hubiera hijos menores, debería otorgarse a estos y al cónyuge sobreviviente el uso de la vivienda familiar, a pesar de no fuera éste el titular de la vivienda, mientras los hijos estén bajo la patria potestad del progenitor superviviente.

Si la vivienda familiar es un bien privativo del cónyuge fallecido, el viudo no tendrá ningún derecho sobre la misma, excepto si el cónyuge causante así lo hubiera dispuesto en su testamento. Sin embargo, el cónyuge no titular de la vivienda familiar, en los supuestos de crisis matrimonial, sí que tiene derecho al uso de la vivienda si lo han pactado los cónyuges en el convenio regulador, o estimado el juez en la sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial.

Señala ESPIAU⁹² que: «La diferencia de trato en uno y otro supuesto puede explicarse en el hecho de que, mientras en el primero el cónyuge titular ha desaparecido, en el segundo no y de ahí que, conservando su condición de titular, en ella pueda fundamentarse la legitimación posesoria de su consorte; también y sobre todo, en que resulta tal vez excesivo hacer trascender la subsistencia del régimen de la vivienda familiar, no ya sólo a la crisis matrimonial, sino —sobre todo— al fallecimiento del cónyuge titular, supeditando el interés del heredero al del cónyuge sobreviviente.

Ahora bien, con ser cierto esto, no constituye una justificación suficiente el silencio legal. En una situación de crisis matrimonial que determine la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, la legitimación posesoria de éste subsiste, aun cuando la titularidad de la misma no corresponda a su consorte por haber dispuesto de ella sin el consentimiento de aquél. En el mismo sentido y presupuesto que fallecido el cónyuge titular, la titularidad de la vivienda se transmita a sus herederos, sería también admisible la atribución —siquiera temporalmente— de su uso al cónyuge sobreviviente, cuya situación de necesidad tras la muerte de su consorte puede ser igual o mayor que la del

⁹² ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 264.

cónyuge no titular a quien se confiere la posesión de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial».

La única protección de que goza el cónyuge viudo en relación a la vivienda familiar es si ésta es arrendada. Pues, a pesar de que el titular del contrato de arrendamiento fuera el cónyuge fallecido, el cónyuge viudo tiene derecho a subrogarse en el arrendamiento, siempre que conviviera con el arrendatario, artículo 16.a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁹³, y por supuesto con la obligación de pagar la renta estipulada y notificárselo al arrendador.

VI. A MODO DE REFLEXIÓN

La separación y el divorcio producen unas consecuencias que inciden en los derechos y deberes de los esposos, debido a que cesa la convivencia conyugal; y en el divorcio, también, se extingue el vínculo matrimonial. En estas situaciones de crisis matrimonial, nuestro Ordenamiento regula unos efectos para los cónyuges o excónyuges, así como para los hijos si los hubiere.

Entre estos, cabe destacar la atribución de la vivienda familiar, acordándose su uso a los hijos, entendiéndose por tal los menores y como no, también, los incapacitados judicialmente, así como el cónyuge en cuya compañía queden. Si alguno de los hijos queda en compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo precedente, supuesto que en la práctica se da en contadas ocasiones, y sobre el que no he encontrado jurisprudencia. En su defecto, será al cónyuge o ex cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y, por el tiempo que prudencialmente se fije, con independencia de quien sea el titular de la vivienda.

Este precepto, el 96 del Código Civil, a mi parecer, debe reformarse y sin más dilación, pues las circunstancias ya no son las mismas que cuando se promulgó la Ley 30/1981. Debe seguir primando el interés superior del menor, lo que conlleva a que se otorgue la vivienda a los hijos menores y consecuentemente al progenitor custodio, y como no, al cónyuge más necesitado. Sin embargo hoy en día es difícil determinar, en muchos supuestos, cuál de los cónyuges se encuentra en esa situación, ya que ambos pueden estar y de hecho están en

⁹³ Derecho que, también, se concede al conviviente. Este derecho fue el primero que se reconoció en el Ordenamiento jurídico al conviviente supérstite con independencia de su orientación sexual. Dice el artículo 16 de la LAU: «1. En caso de muerte del arrendatario podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. b) La persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubiera tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia [...]».

una posición similar y necesitar, por tanto, la vivienda familiar. Pues en la mayoría de los casos, el piso es propiedad de ambos esposos, y el bien de mayor valor económico en su patrimonio. Por lo que la solución más adecuada, a mi parecer, sería proceder a su venta y dividir las ganancias entre ambos, y con lo que obtenga cada uno de ellos, si lo consideran conveniente, proveerse de una vivienda bien en propiedad o en arrendamiento. Aunque, no pierdo de vista la dificultad que puede entrañar en el momento actual la venta de la casa, debido a las circunstancias económicas y financieras, lo que conlleva un retraso para poder aplicar dicha solución.

Si la propiedad es de uno de ellos, habría que atribuirle a éste el uso de la vivienda, cubriendo las necesidades de los hijos menores a través de una pensión alimenticia, y si son mayores de edad pero no han finalizado su formación, por causas ajenas que no les sean imputables, tienen derecho a los alimentos regulados en el artículo 142 y siguientes del Código Civil. Y al cónyuge más necesitado de protección, en el caso de que no haya hijos menores, y siempre que así se valore se le puede conceder una pensión alimenticia, pero de carácter temporal, teniendo en cuenta las circunstancias que el Código Civil proclama en el artículo 97 para la pensión compensatoria. Ya que lo contrario comporta un trato desigual y discriminatorio para uno de los cónyuges, en detrimento del otro, y ello va en contra del artículo 32.1 de la Constitución Española y del artículo 66 del Código Civil.

Por tanto, el legislador tendrá que dar una nueva redacción al artículo 96, en concordancia con lo que hemos apuntado, y sin que sufra más retrasos en el tiempo. Donde deberá primar las soluciones aportadas, siendo lo deseable que éstas partieran de un consenso o acuerdo de los cónyuges, pero en defecto de ello tendría que ser la autoridad judicial la que adoptara la medida más adecuada. Y todo ello examinando cada caso concreto, para que la solución fuera la más proporcionada y justa. También, la reforma que se lleve a cabo en el artículo 92 del Código Civil, que tendrá que regular la custodia compartida, ya no de manera excepcional, conllevará el que tenga que introducirse en el artículo 96 algún supuesto para cuando ésta sea pactada por los cónyuges o decretada por el juez. Apartado que deberá ocuparse y regular la atribución del uso de la vivienda familiar sobre la base de la custodia y guarda compartida entre ambos progenitores, ya que a partir de ese momento no habrá, en muchos supuestos, un único cónyuge custodio.

Abogo por que la misma protección que se concede al cónyuge o excónyuge en los casos de crisis matrimonial respecto a la vivienda familiar, y que se extiende a los objetos de uso ordinario, se otorgue al cónyuge viudo que ha convivido y compartido su vida con el fallecido, hasta el momento de su muerte. Esto es que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, si atendidas las circunstancias lo hicieran aconsejable, y su interés fuera el más necesitado de protección. Sin que ello se compute en su mitad de gananciales, sobre todo

partiendo que el patrimonio ganancial se ha hecho entre ambos esposos. Y al disolverse y liquidarse por fallecimiento de uno de los esposos, la mitad de los gananciales del causante formarán parte de su herencia, de la cual recibirán una cuota importante los descendientes en detrimento del cónyuge supérstite.

Postura, que también, defiende ESPIAU⁹⁴: «como culminación del régimen específico que en torno a la vivienda familiar construye nuestro ordenamiento jurídico, sería deseable la existencia de una regulación similar a la prevista para los supuestos de crisis matrimonial —o incluso la misma extensión de ésta, a los supuestos de disolución del matrimonio por fallecimiento del cónyuge titular de la vivienda familiar—. Al igual que SERRANO ALONSO⁹⁵ que dice: «debe ponerse de relieve, que la vivienda familiar, que es un activo patrimonial, sólo es tomada en consideración por las normas positivas en las relaciones *inter vivos* (con la excepción del art. 1406, núm. 4, que es también un supuesto especial de acto *inter vivos* derivado de la muerte de uno de los cónyuges); sin que existan normas especiales de derecho sucesorio sobre la vivienda, si se excluyen las especiales en materia de transmisión sucesoria de los arrendamientos urbanos».

Para finalizar, volver a insistir en que respecto a la vivienda familiar tiene una mayor protección el cónyuge separado o divorciado que el cónyuge viudo, debido a que al primero se le puede atribuir el uso de la vivienda familiar a pesar de no ser el titular de la misma, bien porque sea el custodio de los hijos menores, o bien porque se encuentre en una situación más desfavorable, a pesar de que la separación o divorcio hayan sido provocada por él. Por el contrario, al cónyuge supérstite no le corresponde el uso de la vivienda, aunque se encuentre en una situación similar a la del separado o divorciado, pues únicamente tendrá derecho a que ésta se incluya con preferencia en su haber, hasta donde alcance su mitad de gananciales, artículo 1406 del Código Civil, o aplicar lo establecido en el artículo 1407 del mismo texto legal. Y sólo si la vivienda habitual goza de la naturaleza de bien ganancial.

Por todo ello, considero que las circunstancias para proteger al cónyuge o excónyuge, durante y después del procedimiento matrimonial, se deberían tomar en consideración y aplicar al cónyuge viudo. Y si hubiera hijos menores, otorgar a estos y al cónyuge sobreviviente el uso de la vivienda familiar, aunque la titularidad no fuera del cónyuge supérstite. Ya que, la única protección de la que goza el viudo en relación a la vivienda familiar es cuando ésta es arrendada, pues tiene derecho a subrogarse en el arrendamiento, siempre que

⁹⁴ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, pág. 264.

⁹⁵ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1986, pág. 91.

al tiempo del fallecimiento conviviera con el arrendatario, artículo 16.a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Así la protección que se concede al cónyuge o excónyuge en los casos de crisis matrimonial en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, y que se extiende, también, a los objetos de uso ordinario, se debería tener en cuenta para el cónyuge superviviente que, además, ha convivido y compartido su vida con el fallecido hasta el momento de su muerte, supuesto este último que, como es lógico, no se da en los casos de separación, nulidad o divorcio.

RESUMEN

LA ATRIBUCIÓN DEL USO VIVIENDA FAMILIAR CRISIS MATRIMONIAL

La atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los temas de conflicto más controvertidos que se presentan cuando se produce una situación de crisis matrimonial.

En este trabajo se hace especial referencia a las formas de atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil, y los problemas que se suscitan. Así como a la reciente jurisprudencia, muy abundante, y en algunos casos contradictoria sobre todo en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Se propone una reforma del artículo 96 del Código Civil, ya que las situaciones han cambiado desde que se promulgó la Ley 30/1981. En la mayoría de los casos, la casa es propiedad de ambos esposos, y el bien de mayor valor económico del activo patrimonial. Por lo que la solución más adecuada, de ordinario, será proceder a su venta, y dividir las ganancias entre ambos cónyuges. Así como introducir un nuevo supuesto que regulara la atribución del uso de la vivienda familiar sobre la base de la custodia y guarda compartida del que carece ahora este precepto.

Se aboga para que la misma protección que se concede al cónyuge o excónyuge en los casos de crisis matrimonial respecto a la vivienda familiar, y que se extiende a

ABSTRACT

THE EXPECTED CHANGES IN THE USE OF HOMESTEAD THE ATTRIBUTION OF THE USE FAMILY HOME MARRIAGE CRISIS

The attribution of the use of the family home or homestead is one of the most controversial aspects that arise during a marriage crisis.

In this paper I make special reference to the forms of attribution of the use of the family home that are regulated in article 96 of the Spanish Civil Code (CC), and the problems it raises. Reference is made also to the recent case law, very abundant in this area and often contradictory especially in the courts of appeals.

I propose a reform of article 96 CC, because the circumstances are no longer the same as when Law 30/1981 was enacted. In most cases, the house is owned by both spouses, and is the property of greater economic value in their estate. So the best solution, in my opinion, would be to sell it and split the proceeds between the spouses. The attribution of the use of the family home on the basis of shared custody and guardianship, a factual situation now lacking in this precept, should be regulated.

I advocate that the same protection granted to the spouse or former spouse in cases of marital crisis regarding the homestead, and that extends to the objects

los objetos de uso ordinario, se otorgue al cónyuge viudo que ha convivido y compartido su vida con el fallecido.

of ordinary use, be granted to the widow or widower who has lived and shared his or her life with the deceased; this is, that the use of the family home be attributed to them if the circumstances made it advisable, and their interest was the most in need of protection. That, without counting it as part of their half of the community property, especially considering the community estate has been made between both spouses.

(Trabajo recibido el 06-03-2013 y aceptado para su publicación el 29-05-2013)

Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones

por

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Profesor Contratado Doctor, acreditado a Profesor Titular de Universidad

Departamento de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL
2. LEGISLACIÓN ACTUAL:
 - A) EL DERECHO ESPAÑOL:
 - a) *Los deberes de información precontractual en general*
 - b) *Los deberes en los contratos de consumo: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*
 - B) EL VIGENTE DERECHO EUROPEO
3. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN
4. LOS PRIMEROS PROYECTOS SOBRE EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS Y EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA:
 - 4.1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS, LOS PRINCIPIOS DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE* Y EL PROYECTO DE PAVÍA
 - 4.2. EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA

5. EL ESTUDIO DE VIABILIDAD DEL GRUPO DE EXPERTOS Y EL DERECHO DE COMPRAVENTA COMÚN EUROPEO

BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LOS DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

Tradicionalmente, la información que deben proporcionarse entre sí los potenciales contratantes, o uno al otro, con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato¹, era una cuestión de la que tanto los Códigos Civiles como la legislación mercantil prescindían, como sucede en general con toda la fase precontractual. Desde la paradigmática visión «clásica» de igualdad entre las partes contratantes, era una tarea de cada parte informarse debidamente sobre los aspectos de la contratación o de su objeto que considerara necesarios, sin que pudiera entenderse existente tal deber de información de un contratante al otro, salvo en los casos en que esa falta de información pudiera entenderse constitutiva de un dolo omisivo o negativo² o en general de una culpa *in contrahendo*, o

¹ De ahí que, según los autores, se hable de «información precontractual» o de «información contractual», si bien esta segunda denominación abarcaría también la que, en su caso, debiera seguirse proporcionando a lo largo de la vigencia del contrato.

² Si bien parte de la doctrina clásica excluía el dolo omisivo o reticencia dolosa, en la actualidad, como señala Carlos LASARTE (en *Contratos*, T. III de los *Principios de Derecho Civil*, 14.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 29), cabe entender perfectamente que el resultado conceptualizado como doloso por el artículo 1269 del Código Civil puede alcanzarse mediante una conducta tanto activa como omisiva, lo que asimismo se derivaría del principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, y así lo entiende la generalidad de la doctrina: cfr. también CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 152; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág. 202; QUIÑONERO CERVANTES, Enrique, «El dolo omisivo», en *RDP*, T. LXIII, abril de 1979, págs. 345-357; MORALES MORENO, Antonio-Manuel, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, 1982, págs. 636-638, y «Comentario a los artículos 1269 y 1270», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XVII, vol. 1 B, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pág. 387; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Los vicios del consentimiento contractual», en LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., *Derecho de Obligaciones (Elementos de Derecho Civil)*, T. II, vol. 1.º, 3.ª ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 386; y VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, «El dolo *in contrahendo*», en *RdPat*, núm. 16 (2006-I), págs. 43-60. También en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, considerando que existiría dolo en los casos en que se produce «la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte (...) aprovechándose de ello» (entre otras muchas, las SSTs de 6 de junio de 1953, 7 de enero de 1961, 20 de enero de 1964, 26 de octubre de 1981, 9 de septiembre de 1985, 1 de octubre de 1986, 15 de julio de 1987, 18 de julio de 1988, 27 de marzo y 28 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1990, 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 27 de noviembre de 1998, 29 de diciembre de 1999, 17 de enero de 2005, 11 de diciembre de 2006, y 11 de

bien causante de un error en el consentimiento de la otra parte (error excusable provocado por la reticencia negligente de quien tenía la información)³, concretándose en una responsabilidad contractual⁴. Es decir, se enfoca esta cuestión

junio y 11 de julio de 2007). En concreto, se ha considerado la existencia de dolo en la falta de información en las SSTs de 26 de octubre de 1981, 30 de junio de 2000; 26 de marzo, 25 de abril y 5 de mayo de 2009 o 5 de marzo y 15 de junio de 2010, y de error en la de 10 de junio de 2010. La de 11 de diciembre de 2006 aclara que también constituye dolo «la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico». Realmente, la reticencia dolosa se contemplaba ya en el Digesto (D. 18, 1, 43, 2) y las Partidas («el callarse engañosamente, non queriendo responder si responde, dice palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño»: Partidas 7, 15, 1).

³ Ha de tenerse en cuenta que no van vinculados error por defectos en la información y culpa *in contrahendo*: no todo error de una parte por ausencia o defectos en la información proporcionada por la otra conllevará una responsabilidad de ésta. Dado que nuestro sistema general de responsabilidad es subjetivo y se basa en la culpa (aquí *in contrahendo*), si la información la proporcionó la contraparte convencida de su corrección (o la omitió por desconocimiento), la concurrencia de error (que cumpla los correspondientes requisitos) permitirá a la parte afectada instar la anulación del contrato, pero no se generará responsabilidad alguna. La anulación por error se basa en el dato objetivo de la incorrección de la información transmitida o su omisión siendo necesaria, mientras que la responsabilidad requiere una culpa o dolo en esa omisión de información o transmisión de una información incorrecta. Así, en la STS de 4 de enero de 1982, se anuló un contrato por el error esencial y excusable provocado por la defectuosa información dada por el vendedor, pese a no concurrir intencionalidad en esos defectos, mientras que rechaza la pretensión de indemnización precisamente por no quedar acreditada la concurrencia de culpa.

⁴ MORALES (en *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, págs. 90-91) considera que el tradicional tratamiento jurídico-precontractual del incumplimiento de los deberes de información precontractual no es el más adecuado cuando genera problemas de incumplimiento al proyectarse sobre el objeto y el contenido del contrato, sino que lo más razonable sería integrar en la responsabilidad contractual la lesión tanto del interés en el cumplimiento como del interés de conservación o integridad (interés de cualquier sujeto en que no sean dañados por otro sus bienes, personales o patrimoniales). De este modo, propiamente se trataría de supuestos de incumplimiento contractual, frente a los remedios tradicionales «precontractuales». Lo mismo entiende Díez-PICAZO (en *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, págs. 265-266), para quien cualquier incumplimiento de los deberes accesorios integrados en la relación contractual (entre ellos, los deberes de información) genera también una responsabilidad contractual. En cambio, Fernando PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», en *ADC*, T. LXIV-III, julio-septiembre de 2011, pág. 902) entiende que, dado que la responsabilidad precontractual es un sector especial de la responsabilidad extracontractual, debe ser ésta, y no la contractual, la que cubra las posibles lagunas de aquella. Para Nieves FENOY PICÓN (en «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *ADC*, T. LXIII-I, 2010, pág. 125), el legitimado podría optar en nuestro Derecho (al igual que en los PECL) entre los remedios precontractuales (anulación, culpa *in contrahendo*) y los remedios contractuales por incumplimiento (a diferencia de, por ejemplo, los Principios UNIDROIT donde prevalece la aplicación de los remedios del incumplimiento frente a los del error).

desde un punto de vista negativo: se presume la existencia de una información suficiente del contratante salvo en los supuestos de error o dolo.

Existiría tal dolo cuando se dan a conocer a la otra parte conscientemente informaciones con datos incorrectos, falsos o inexistentes a fin de provocar una equivocación en ella, pero también cuando no se corrigen previas informaciones que posteriormente se conoce que son incorrectas o se crea en la otra parte un estado de confianza en la concurrencia de unas circunstancias realmente inexistentes, o cuando la parte que los conoce silencia conscientemente la información⁵ relativa a la existencia de defectos o circunstancias negativas en el propio contrato o su objeto o las personas de los contratantes⁶ (así, causas de nulidad o invalidez, circunstancias que determinan la inadecuación del bien objeto del contrato al fin —conocido por el poseedor de la información o resultante de las denominadas presuposiciones contractuales⁷— para el que se adquiere, o vicios en la cosa vendida⁸) que sean relevantes en el sentido de determinar a la otra parte a contratar o no, o a hacerlo en esas condiciones⁹. En tal sentido,

⁵ De este modo, la infracción de los deberes de información podrá realizarse mediante un comportamiento activo (transmitiendo una información falsa) u omisivo (no transmitiendo una información que debería haberse comunicado, bien *ex novo* bien corrigiendo informaciones anteriores). No obstante, como pone de manifiesto Esther GÓMEZ CALLE (en *Los deberes precontractuales de información*, Ed. La Ley, Madrid, 1994, pág. 81), mientras que las falsas afirmaciones deberán sancionarse siempre, la sancionabilidad del silencio requiere un previo deber de hablar; por ello, es especialmente importante determinar cuándo existe ese deber de informar, como veremos. No obstante, el que además concorra o no una intencionalidad por parte de quien tenía la información determinará un distinto alcance de la sanción aplicable: anulabilidad o responsabilidad, como vimos *supra* en la nota 3. Por otra parte, la inadmisibilidad de las informaciones falsas no es universalmente defendida, como veremos en su momento que sucede con los defensores de la regla de la deshonestidad óptima.

⁶ Cfr. ALONSO PÉREZ, Mariano, «La responsabilidad precontractual», en *RCDI*, núm. 485, julio-agosto de 1971, págs. 907-908; GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 102-117; MAZA GAZMURI, Íñigo DE LA, «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», en *ADC*, T. LXIII-IV, 2010, pág. 1709; y VERDA, «La reticencia en la formación del contrato», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 11, enero de 2011, pág. 134. El supuesto es expresamente contemplado por el artículo 1338 del *Codice* italiano: «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

⁷ Es decir, los datos de la realidad que son tomados por los contratantes como fundamento de su decisión de contratar y de estructurar sus intereses en el contrato.

⁸ Vid. artículo 1486.II del Código Civil. Como vemos, se establece en tal sentido un deber precontractual de información, que si el vendedor incumple implicaría una actuación dolosa.

⁹ En cuanto a si ha de entenderse existente un deber de confianza en la apariencia que da la otra parte sobre las condiciones del objeto del contrato, existe una jurisprudencia discrepante, en especial en relación con la situación urbanística y registral de inmuebles (existencia de gravámenes o situaciones urbanísticas no declaradas por el vendedor ni comprobadas por el comprador a través de consulta al Registro) y la posible aplicación del artículo 1483 del Código Civil, pues mientras algunas sentencias entienden que no hay obligación de dudar de la buena fe del vendedor, eximiendo al comprador por no comprobar la realidad de las afir-

es relevante la concurrencia de la cognoscibilidad del error de la otra parte y de su excusabilidad o imputabilidad¹⁰: en este sentido, el contratante no errado que transmite la información incorrecta o que conoce la falsa representación que la otra parte se hizo de ella, ha debido conocer el carácter determinante de la celebración del contrato (la propia celebración, o hacerlo en esas condiciones) del contenido de esa información para la otra parte, y tal carácter básico ha de haberse incorporado al contrato como presuposición del mismo, o al menos ha debido conocer el error de la otra parte y no haber actuado para eliminarlo¹¹.

maciones de éste (vid. SSTs de 6 de junio de 1953 y 20 de enero de 1964), otras consideran que la posibilidad de fácil comprobación en el Registro le impone realizarla. En este punto debe distinguirse entre los diversos registros administrativos y el Registro de la Propiedad, pues respecto de los primeros es más disculpable la falta de consulta y la antijuridicidad del vendedor la compensaría determinando la excusabilidad del error del comprador (así, SSTs de 20 de enero de 1964).

Dando un paso más, la STS de 26 de octubre de 1981, ante la afirmación de inexistencia de dolo en la no mención de la situación real de un terreno, pues bastaría con una simple consulta al Registro, considera que «la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (...) y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública», doctrina que es reiterada entre otras por las SSTs de 15 de julio de 1987, 15 de junio de 1995, 23 de julio de 1998, 27 de noviembre de 1998 y 11 de diciembre de 2006. Así, como señala MAZA GAZMURI (en «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, pág. 1707), los contratantes deben ser diligentes en sus negocios y procurarse la información necesaria, pero existen circunstancias en las cuales una parte puede confiar razonablemente en que la otra le suministrará la información necesaria, y en tales casos la confianza razonable justifica la imposición de un deber precontractual de informar. En cualquier caso, si las informaciones dadas por la otra parte son decididamente falsas, habrá de entenderse que se estará ante un dolo o error, como en la compra de un solar como edificable sabiendo el vendedor que no lo era por estar incluido en zona verde (así, ya la STS de 20 de abril de 1965), entre otros casos de errores provocados, en que no se dan las condiciones más o menos explícitamente atribuidas a la cosa, citados por Federico DE CASTRO, «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 114.

¹⁰ Al respecto, vid. MORALES, *El error en los contratos*, Ed. CEURA, Madrid, 1988, págs. 232-234; y también CASTRO, «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 111 (aunque señala que la cognoscibilidad es un elemento a considerar para saber si el *errans* merece protección según las circunstancias, pero que podría no ser suficiente); Díez-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 215; y RIVERO, «Los vicios...», *op. cit.*, págs. 384-385. La STS de 4 de enero de 1982, por su parte, señala que el presupuesto de la excusabilidad ha venido a ser sustituido por el de la cognoscibilidad. Asimismo exige este requisito expresamente el artículo 1428 del *Codice* italiano.

En la doctrina norteamericana también se mantiene el deber de la parte que conozca o hubiera debido conocer el error en que la otra hubiera incurrido unilateralmente de ponérselo de manifiesto, y así podemos citar a KRONMAN, Anthony, «Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts», en *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 1978, págs. 6 y 32-33.

¹¹ La doctrina francesa se queda en el primer aspecto, pero como pone de manifiesto MORALES (en «El error en los contratos», *op. cit.*, pág. 232), sin esa incorporación como

No obstante, profundizando más, podría distinguirse entre la reticencia (como ocultamiento malicioso de información relevante que provoca un error en la otra parte), que como manifestación de dolo o error implica un vicio del consentimiento de la parte afectada y está sometida al régimen de la anulabilidad (así, con un plazo de caducidad de cuatro años), y los simples incumplimientos de los deberes informativos o no revelaciones de información, que no afectan a la validez del contrato y podrían determinar en su caso una responsabilidad precontractual (con un plazo de un año) o incluso constituir un supuesto de no conformidad del objeto del contrato y por tanto de responsabilidad contractual (plazo de quince años). La conceptualización de un supuesto en una categoría u otra dependerá de las circunstancias concretas concurrentes, que permitan apreciar la existencia de dolo o no en la no revelación de información, porque desde luego no es lo mismo callar que ocultar.

En cualquier caso, en las negociaciones la buena fe¹² impone que cada una de las partes deba revelar a la otra al menos aquella información que determinará el incumplimiento de su prestación en los términos convenidos, porque la lealtad en la celebración de un contrato exige que se proteja la razonable creencia de que el contrato se podrá ejecutar en los términos convenidos¹³. En cambio, no parece de-

presuposición contractual el mero conocimiento o cognoscibilidad de la relevancia del hecho por la otra parte no tiene por qué hacer relevante el error en que incurra.

¹² Ha de tenerse en cuenta que la buena fe que en ciertos casos puede imponer en las negociaciones un deber de informar, y a responsabilizarse por la corrección de la información transmitida, no sería la buena fe subjetiva, como convencimiento de que se actúa correctamente (se piensa que no se debe transmitir cierta información, o que la información transmitida es correcta), sino la buena fe objetiva, o regla de conducta que permite calificar *desde fuera* si una actuación es conforme o no a las exigencias de la buena fe. Por ello, la conducta de una de las partes, ocultando o transmitiendo una información errónea, puede ser objetivamente contraria a la buena fe e inaceptable, aunque crea que su actuación es adecuada o que la información es correcta si, por ejemplo, no ha tomado las medidas exigibles para contrastar su exactitud. Cfr. MORALES, «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pág. 418. Asimismo, GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 131.

¹³ Cfr. MAZA GAZMURI, «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», en ADC, T. LX-IV, 2007, pág. 1864. PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 912) entiende que si se sigue la regla, conforme a los artículos 3.3.1 de los Principios UNIDROIT, 4:102 PECL, II-7:102 DCFR y 1303 de la Propuesta de la Comisión General de Codificación, de que la imposibilidad originaria de las prestaciones pactadas no determina, por sí sola, la invalidez del contrato, asimilándose así a la imposibilidad sobrevenida, no debería haber una responsabilidad precontractual por el hecho de que, al negociar el contrato, una parte conociera o debiera conocer, y la otra no, la imposibilidad originaria de su prestación; si bien más tarde (*ibid.*, pág. 920) afirma que, cuando las expectativas sobre el contenido de la prestación generadas en la otra parte por la falta de información o la información incorrecta deban considerarse términos del contrato, habrá de recurrir a los remedios indemnizatorios del incumplimiento contractual.

fendible el que el comprador deba informar al vendedor de circunstancias positivas que mejoran el objeto de la compraventa o lo hacen revalorizarse o apreciarse¹⁴.

En tal sentido, ya el Digesto¹⁵ contemplaba la información precontractual desde este punto de vista, estableciendo el deber del vendedor de informar sobre las circunstancias que pudiera conocer que afectaran negativamente al objeto de la compraventa, «en cuanto interesa al comprador no ser engañado», si bien distinguiendo entre el vendedor que conocía la existencia de defectos en el producto y los oculta dolosamente y el que los ignoraba pero afirma que no existían.

La duda puede plantearse sobre si, yendo más allá del propio objeto del contrato, la parte ha de informar sobre las circunstancias externas que pueda conocer. Es decir, en qué medida puede considerarse que exista un deber del vendedor de informar al comprador (o, en general, de la parte que tiene ese conocimiento respecto de la otra) sobre esas circunstancias, no implicadas directamente en el contrato específico entre las partes pero que puedan incidir sobre el mismo y que cuyo conocimiento puede incluso ir en contra de sus propios intereses, o bien es tarea que compete a este último en defensa de su posición (de modo que cada parte ha de procurarse la información que le pueda interesar, al menos cuando esa información le sea fácilmente accesible¹⁶, en concreción del principio de autorresponsabilidad que GÓMEZ CALLE llama el «deber de autoinformarse» y la jurisprudencia anglosajona —tomándolo del Derecho romano y en especial en relación con la venta de inmuebles— *caveat*

¹⁴ Así, ante la afirmación de Francesco GALGANO (*Il negozio giuridico*, 2.^a ed., Ed. Giuffrè, Milán, 2002, pág. 508) sobre que «è contrario alla buona fede il non dire, mentre si vende un'area edificabile, di essere a conoscenza di un progetto di variante al piano regolatore comunale che modificherà la destinazione di quell'area (...); oppure (ipotesi inversa) il non dire, mentre si tratta il prezzo di acquisto di un terreno agricolo, di essere a conoscenza di una variante al piano regolatore, in corso di approvazione, che rende edificabile quel terreno e, perciò, ne eleva sensibilmente il prezzo», estamos de acuerdo en la primera proposición (en cierta medida asimilable a un defecto o vicio del bien vendido), pero no en el segundo supuesto contemplado. De modo similar, VERDA (en «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, pág. 48) entiende que no habría obligación del adquirente de desvelar el error de la otra parte consistente en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien, que lo revaloriza, pues se aumenta así la riqueza, mientras que sí existiría ese deber del transmitente respecto de las cualidades negativas que disminuyen el valor del bien, pues tal información carece de fuerza productiva para la sociedad ni crea riqueza.

¹⁵ D. 19, 1, 13, 2 y 3. Versa sobre la venta de un esclavo ladrón o fugitivo, en la que un vendedor oculta estas circunstancias al comprador y otro, que realmente las ignoraba, asevera sus buenas costumbres y fidelidad. Sobre la evolución histórica del tratamiento del error, el dolo y los deberes de información precontractual en los Derechos continentales, cfr. SCHERMAIER, Martin Josef, «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition», en SEFTON-GREEN, Ruth (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, págs. 40-64.

¹⁶ Cfr. Díez-Picazo, «Fundamentos...», *op. cit.*, págs. 312-313; y VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 43 y 45. En el mismo sentido, las SSTs de 4 de enero de 1982, 3 de marzo de 1994, 6 de noviembre de 1996, 23 de julio de 2001, 12 de julio de 2002 y 22 de mayo de 2006; y sobre todo la de 18 de febrero de 1994.

emptor); o, dicho de otro modo, en qué medida la protección del comprador puede incurrir en un excesivo proteccionismo o dirigismo, rayano en su tratamiento como un menor o incapacitado al que haya que tutelar, pues es éste quien ha de preocuparse de la defensa de sus intereses, y por ello un dato a tener en cuenta es la diligencia empleada por el interesado en la información en su búsqueda, pues tampoco pueden protegerse comportamientos negociales negligentes e ineficientes económicamente frente a otros que sí serían eficientes y aun productivos, con lo que se llegaría a una solución desincentivadora de los procesos de búsqueda de nuevas informaciones socialmente útiles¹⁷.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que una parte no deberá informar a la otra de aquello sobre la que es ésta quien está obligada a informarse, pues no puede considerarse amparado el descuido de los propios intereses ni el incumplimiento de los propios deberes; ni en los casos que lleven a no respetar la esfera íntima y privada de la persona, que habrá de ser protegida frente a toda intromisión ajena, o en que la información se busque con fines discriminatorios¹⁸.

¹⁷ Desde una visión del análisis económico del Derecho, VERDA (en «La reticencia...», *op. cit.*, pág. 136) señala que si una parte no pudiera utilizar informaciones que le permitan obtener una posición de ventaja en la negociación, y que sólo puede alcanzar mediante un proceso de búsqueda que le origina costes, parece probable pensar que no destinará recursos para obtenerlas, y esa decisión impedirá averiguar que existen formas de utilización más elevada de ciertos bienes, que permiten un incremento de los niveles de riqueza. Sin embargo, en la relación entre estos tres criterios (confianza, que impondría el deber de transmitir la información relevante sobre la parte que la tuviera; autorresponsabilidad, que impondría un deber de obtener la información a la parte interesada; y eficiencia, que atendería a consideraciones sociales para establecer un deber de informar o informarse), considera MAZA GAZMURI (en «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, pág. 1715) que debería establecerse una ordenación de preferencia o primacía, de modo que el de confianza precedería al de autorresponsabilidad (el primero cuando una de las partes conoce la información y la otra la desconoce, y el segundo cuando la parte no se informó *debiendo* hacerlo), y ambas sobre las consideraciones de eficiencia, pues al enmarcarse la relación contractual en el ámbito del Derecho privado, ha de atenderse preferentemente a las partes individualmente o a su interacción, de modo que la introducción de consideraciones de bienestar o riqueza social sólo podrán entrar subsidiariamente, ya que en caso contrario se desnaturalizaría el carácter de Derecho privado de los contratos (a este argumento podría contestarse que a dicha «desnaturalización» del carácter iusprivatista de los contratos con criterios sociales ya se viene asistiendo con un carácter creciente en determinados ámbitos *dirigidos*, como es el del Derecho del consumo). Así, para este último autor (*ibid.*, pág. 1716), en defecto de previsión legal al respecto, deberá atenderse a si existió entre las partes un nivel de confianza que justifique la imposición del deber de informar; si no hubiera tal confianza, habrá que determinar si la parte ignorante se comportó con la diligencia debida, lo cual requiere examinar si la información era o no accesible: si era accesible, la declaración de voluntad es imputable a quien la formuló, aun cuando hubiera incurrido en error; y finalmente, si no existe confianza y la información no es accesible para quien la ignora, se estará ante lo que llama un caso «realmente difícil» y deberá acudir a las consideraciones de eficiencia para la concreción de las exigencias de la buena fe en torno a si existe un deber de información.

¹⁸ Cfr. VALÉS DUQUE, Pablo, «La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 728-729.

En este punto puede hacerse referencia al conocido caso del mercader de Rodas, expuesto por CICERÓN¹⁹ y retomado por POTHIER junto a la historia

¹⁹ Cfr. CICERÓN, Marco Tulio, *De officiis*, III, 12-13. El caso es el siguiente: si un mercader lleva de Alejandría a Rodas un cargamento grande de trigo en tiempos de escasez y hambre y por tanto de altos precios, sabiendo que otros muchos mercaderes de Alejandría habían embarcado ya con naves de trigo para Rodas, ¿deberá decirlo a los rodios, o venderá su género al mejor precio que pueda? Ante esto, CICERÓN expone las respuestas de los estoicos Diógenes y Antipatro: el primero piensa que, una vez declarados los defectos que manda el Derecho Civil, el mercader puede lícitamente ocultar esa información y vender el trigo lo mejor que pueda, pues una cosa es encubrir y otra callar, ya que uno no estaría obligado a comunicar todo lo que importe saber al otro, mientras que Antipatro entiende que debe comunicarlo todo, de modo que el comprador sepa todo lo que conozca el vendedor, pues ocultar esta información sería contraria a la buena fe, opinión esta segunda a la que se adhiere CICERÓN, quien distingue entre lo útil y lo honesto (si bien más adelante hace un paralelismo con el caso del que vende una casa con defectos que hacen que el edificio amenace ruina, sobre si debe advertirlos al posible comprador o no, que sería igual a enseñar el camino al que va errado; caso que no parece muy procedente, pues en el del mercader se trata de circunstancias ajenas al propio bien), considerando en ambos casos que debe preferirse lo honesto y comunicar a la otra parte la información que se posee.

Similar es el conocido caso *Laidlaw v Organ* [15 U.S. (2 Wheat.) 178], resuelto por el TS de Estados Unidos en 1817, y del que se dice que fue la primera decisión que estableció la regla *caveat emptor* en el Derecho estadounidense. En el marco del desarrollo de la guerra entre Inglaterra y Estados Unidos iniciada en 1812, la flota inglesa se hallaba bloqueando el puerto de Nueva Orleáns, lo que había venido manteniendo el precio del tabaco en valores inusualmente bajos. Héctor Organ, comerciante de tabaco de Nueva Orleáns, fue informado por su socio Shepherd sobre la ratificación del Tratado de Gante, que ponía fin a la citada guerra y al bloqueo, información que le había dado su hermano, que había sido uno de los «tres caballeros» que trajeron de la flota inglesa la noticia de la firma del Tratado, que no se haría pública hasta el día siguiente. Con dicha información, adquirió una importante partida de tabaco (111 toneles, con un peso de 120.715 libras y precio de 7.544,69 \$) a Francis Girault, agente de la empresa *Peter Laidlaw & Co*, con quien había estado negociando la noche anterior. Pese a que en las negociaciones Girault le preguntó sobre si existían noticias que pudieran aumentar el precio del tabaco, Organ guardó silencio sobre la información de que disponía. La noticia del Tratado y del fin del bloqueo se conoció dos horas después, y elevó el precio del tabaco entre un 30 y un 50 por 100. La *Laidlaw* se negó a hacer entrega del tabaco a Organ, alegando que había sido engañada, y éste interpuso demanda por incumplimiento de contrato y reclamando una indemnización de daños y perjuicios y que se impidiera que la vendedora pudiera disponer de la partida de tabaco en favor de otros compradores. Demanda que, tras una inicial resolución favorable a Organ, fue apelada ante el TS, donde finalmente se devolvió al juez de instancia para la repetición del juicio, por considerarse que toda la instrucción había sido errónea; no obstante, es especialmente destacable la opinión expresada por el juez MARSHALL, que entendió que el conocimiento por el comprador de circunstancias extrínsecas que puedan tener influencia en el precio de la mercancía no tiene por qué revelarse al vendedor en caso de que dicha información sea igual de accesible para ambas partes. No obstante, datos importantes que no se mencionan ni tienen en cuenta en esa opinión es que los «tres caballeros», entre los que estaba el hermano de Shepherd que le informó del fin del bloqueo, habían sido los militares encargados por el General Jackson de la negociación con los británicos sobre asuntos derivados del fallido asalto a la ciudad, de modo que si en uno de los buques ingleses aquél había conocido la firma del Tratado, fue a causa de sus funciones públicas. Por otra parte, la respuesta de Organ a la pregunta directa de Girault sobre si tenía noticias que pudieran influir en el precio de las mercancías (fuera el silencio o una respuesta negativa) podría considerarse dolosa, lo que tampoco se tuvo en cuenta.

bíblica de José y el Faraón²⁰. Afirmar POTHIER que hay autores que entienden que realmente el vendedor a lo que está obligado es a no ocultar los defectos de la cosa vendida, pero que ninguna injusticia comete por venderla al precio que tuviera al tiempo del contrato, aunque conozca que luego ha de bajar, ni tiene ninguna obligación de comunicar al comprador las circunstancias que harán bajar ese precio, pues el comprador no tiene más derecho para exigirselo que el que tiene para pedirle una participación en sus beneficios, y de hacerlo el vendedor no sería más que un acto de pura beneficencia, que el vendedor no estaría obligado a hacer más que con los que se hallan en extrema necesidad. Sin embargo, POTHIER considera que si en los contratos conmutativos, como la compraventa, la equidad exige que haya una equivalencia entre lo que cada parte da y recibe, y que ninguna de ellas quiera enriquecerse a costa de la otra, ello supondría querer enriquecer a expensas de los compradores por medio de ese silencio al obligarles así a comprar una cosa que consta que a los dos días ha de venderse por cuatro quintas partes menos. Por tanto, la buena fe obligaría al vendedor a no ocultar al comprador ninguna circunstancia que pudiera interesarle²¹.

Habría que entender también incumplido un deber de información cuando la parte ignorante pueda imputar a la otra su ignorancia, por haber sido quien le proporcionó una información falsa o errónea (no necesariamente de modo doloso), o por poderse considerar que la omisión es contraria a la buena fe atendiendo a las circunstancias del caso²². En este segundo sentido, como ponía de manifiesto Federico de CASTRO²³, el principio de responsabilidad negocial exigiría valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse. Realmente en este punto no puede darse una respuesta general y apriorística, sino que dependerá de cada caso concreto que la buena fe exija o no transmitir la información que se posee a la otra parte.

En cualquier caso, deberán en principio atenderse las peticiones expresas de información por la otra parte. Aunque, por supuesto, no todo tipo de peticiones de información, debiendo quedar excluidas las que puedan considerarse impertinentes por afectar a cuestiones sobre las que se puede guardar silencio²⁴,

²⁰ POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del contrato de compra y venta*, Impr. J. Roger, Barcelona, 1841, págs. 125-127. POTHIER hace referencia a que a nadie se le ocurriría que José incurrió en responsabilidades cuando por cuenta del faraón hizo acopio de alimentos en tiempos de bonanza, sabiendo que vendrían otros de penuria.

²¹ En parecido sentido, en la doctrina francesa actual, cfr. GHESTIN, Jacques, «The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: French Report», en HARRIS, Donald y TAL-LON, Denis (eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pág. 166.

²² Cfr. BASOZÁBAL ARRUE, Xabier, «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *ADC*, T. LXII-II, 2009, págs. 699-700.

²³ Cfr. CASTRO, «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 116.

²⁴ Así, como señala MAZA GAZMURI (en «Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de*

al igual que las peticiones referentes a materias cuya información es tarea del solicitante, pues el deber de informar de una parte acaba donde empieza el deber de autoinformarse de la otra, y las que supusieran ir en contra de derechos básicos de la persona, como la intimidad. En este último sentido quedarían excluidas preguntas referentes a hábitos sexuales, creencias religiosas, políticas o ideológicas... que no se vinculen a la aptitud profesional²⁵, aunque según las circunstancias sí podrán resultar procedentes, en la medida en que puedan afectar al correcto desempeño de las prestaciones contractuales y vengan determinadas por un fin legítimo, y se limiten exclusivamente a cuestiones directamente relacionadas entre las prestaciones y ese fin legítimo a proteger, como es el caso de ciertos puestos de trabajo para confesiones religiosas (así, los profesores de religión) o relacionados con la seguridad nacional²⁶.

También deberá informarse a la otra parte si —no preguntando ésta expresamente— la que tiene la información constata claramente la importancia de esa información para aquella (en especial si aprecia su imposibilidad o gran dificultad de autoinformarse, por razones objetivas o subjetivas)²⁷.

En estos supuestos, la parte que tenga la información obviamente tendrá un deber específico de darles respuesta con una información veraz, al igual que cuando la posición profesional de quien tiene la información le determine también un especial deber de informar a la otra parte, lo que es establecido por

Valparaíso, T. XXXIV, primer semestre de 2010, pág. 77), el vendedor no puede pretender que el comprador le conteste de modo vinculante a si estaría dispuesto a pagar más por lo vendido.

²⁵ Es ilustrativa la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 17 de octubre de 1973, que, sobre el caso de un sacerdote que es despedido de un trabajo de fresador por no haber declarado al contratarle su condición eclesiástica, manifiesta que «habiéndolo informado el sacerdote a la empresa con toda perfección sobre sus aptitudes profesionales, y habida cuenta de que no se había producido ninguna queja sobre su trabajo, el trabajador tenía derecho a no revelar su estado de sacerdote».

²⁶ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 103, y CONTRERAS MAZARÍO, José María, «La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo», en *Documentación Jurídica*, T. XVIII, núm. 70, 1991, págs. 105-118 (345-358 del tomo), y asimismo la STEDH de 26 de marzo de 1987 en el caso *Leander* (sobre un contratado para tareas de mantenimiento de un museo junto a una zona militar de acceso restringido, al que se le pregunta sobre determinados datos de su vida privada; el TEDH reconoce la existencia de una injerencia en la vida privada, pero destacando su carácter no absoluto y su sujeción a límites, admisibles cuando vienen establecidos por un fin legítimo establecido por la ley y necesario en una sociedad democrática y siempre que se utilicen las informaciones restrictivamente), y el artículo 4 del Convenio (111) de la OIT sobre la discriminación de 1958 («no se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional»).

²⁷ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 89-91.

las normas legales de ciertos sectores²⁸, pero que cabe generalizar a todos los casos en que su posición de experto o profesional pueda generar una especial confianza en la otra parte (particular)²⁹, en especial cuando puede trasladar a esta otra parte el coste de adquisición de la información de la que se beneficiará (repercutiéndolo en el precio del servicio o bien objeto del contrato, en la denominada *prima de confianza*)³⁰. Lo mismo cabe entender en ciertos contratos basados en una relación de especial lealtad o confianza entre las partes, como el mandato³¹ o la distribución³², o en que los elementos personales juegan un especial papel, como los contratos de obra o servicios, sociedad o trabajo o en general los concertados en atención a especiales cualidades de la otra parte, en que cualquier circunstancia que afecte a esas cualidades personales antes de contratar habrá de ser puesta en conocimiento de la parte que contaba con ellas³³. Pero también el empleador deberá informar de las circunstancias que puedan afectar actualmente o en el futuro al empleado³⁴: dificultades económicas

²⁸ Cfr. Díez-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, págs. 312-313. Así, pueden citarse las normas del ámbito MIFID [Directiva sobre Mercados en Instrumentos Financieros, aunque realmente es un bloque de normas europeas: las Directivas 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, y 2006/73/CE, de 10 de agosto de 2006, y el Reglamento (CE) 1287/2006 de 10 de agosto de 2006; en España se transponen por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modifica la del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero] que, entre otros aspectos, imponen a las entidades financieras o de inversión que faciliten a sus clientes información sobre sí mismas, los servicios que prestan y los instrumentos financieros que ofrecen, que ha de ser suficiente para poder elegir el producto de inversión con conocimiento de causa, en función de la categoría en la que se clasifiquen; y sobre todo las de protección de los consumidores, que más adelante veremos en detalle en el texto. Concreciones de este deber del profesional de informar serían las de la publicidad comercial y las del fabricante respecto de sus productos. Asimismo, vid. las normas citadas *infra* en la nota 82.

²⁹ Para Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT (en *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 344-349), la responsabilidad profesional extracontractual por las informaciones tendrá como fundamentos generales tres causas: daños inmoraes, por facilitar información falsa, abusando el informador de la confianza de que disfruta; un contrato tácito de información o asesoramiento, de modo que la información se ha facilitado en el marco de un contacto individualizado o al menos no general ni *erga omnes*; y una ampliación de la responsabilidad en el caso de contratos que podrían conllevar una responsabilidad frente a terceros (contrato con efecto protector para terceros), pudiendo reconducirse finalmente esta responsabilidad profesional a la culpa *in contrahendo* (delimitada, según las distintas posiciones, por una relación especial o un contacto social; por el principio de confianza, existiendo una responsabilidad por la confianza reclamada y concedida; y de acuerdo con su conexión con la profesionalidad y la profesionalización, que determinan una formación institucionalizada, la creación de una ética profesional y el establecimiento de controles sobre el ejercicio de la profesión).

³⁰ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 22-25. Sobre la prima de confianza, cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 326-327 y 342.

³¹ Cfr. MAZA GAZMURI, «Tipicidad y atipicidad...», *op. cit.*, pág. 77.

³² Vid. STS de 11 de julio de 2007.

³³ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 102-105.

³⁴ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 103.

que pongan en peligro el pago de los salarios futuros o puedan implicar una rebaja de categoría profesional, o bien riesgos asociados al puesto de trabajo.

Otro enfoque seguido en la doctrina estadounidense³⁵ es el de la distinción entre los secretos superficiales y profundos, en función de que la otra parte pueda sospechar que hay un secreto o lo ignore completamente sin imaginar que pueda haber una información relevante, respectivamente: en los secretos superficiales (*shallow secrets*) existiría un derecho legal a preguntar y a obtener una respuesta veraz, mientras que en los secretos profundos (*deep secrets*) no se podrían hacer tales preguntas.

El problema se plantea sobre si debe informarse, y en qué medida, cuando el interesado no solicita expresamente la información ni existe una específica norma jurídica o previsión contractual³⁶ que prevea un deber de facilitársela: cabría entender que no habría en principio un deber de informar si no existe una especial relación de confianza entre las partes, establecida por el tipo de contrato o porque el poseedor de la información sea un experto o profesional y la otra parte un particular, lo que genera una especial relación de confianza de éste en aquél en base a su profesionalidad. No obstante, este enfoque de relevancia de la profesionalidad, más o menos claro cuando el experto es el vendedor, no lo es tanto si es el comprador, pues no retribuiría la iniciativa de descubrimiento de riqueza y aun podría ir en su contra (como el caso del experto que descubre un bien valioso —descubrimiento que puede que con un coste de investigación para él— que se vende a bajo precio por un particular, que tras verse obligado a informarle, conforme a esta posición, puede ver como el vendedor prefiere finalmente a otro comprador)³⁷.

En tal sentido, la jurisprudencia estadounidense suele entender —especialmente en relación con las ventas de inmuebles— que, salvo que hubiera una relación de confianza entre las partes y al margen del ámbito de los seguros³⁸, ha de protegerse al contratante que posee una información sobre el objeto del contrato a la que ha llegado tras la realización de una investigación costosa, sin que exista un deber de revelar dicha información a la otra parte (pudiendo

³⁵ Cfr. SCHEPPEL, Kim Lane, *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

³⁶ Así, ante la existencia de contratos reguladores de los tratos preliminares, los denominados «acuerdos de intenciones», que establezcan el deber de cada parte de negociar de buena fe y facilitando a la otra parte toda información necesaria para que pueda conocer el objeto del contrato y sus circunstancias.

³⁷ Como pone de manifiesto BASOZÁBAL, «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, págs. 654-655.

³⁸ Donde siempre deberán comunicarse a la aseguradora todos los riesgos y defectos que puedan ser trascendentes. Así, por ejemplo, *Equitable Life Assurance Soc'y of United States v McElroy*, 83 Fed. 631 (8th Cir. 1897) y *Stipcich v Metropolitan Life Insurance Co*, 277 U.S. 311 (9th Cir. 1928). En España, vid. el artículo 10 LCS.

considerarse que tiene un «derecho de propiedad» sobre tal información³⁹), y al contrario, no merecerá una especial protección la parte que teniendo un fácil acceso a la información no ha realizado una mínima investigación para obtenerla.

Así, considera que el comprador que tenga un conocimiento superior del valor del objeto del contrato no incurre en dolo sólo por realizar la compra sin desvelar su conocimiento de ese valor⁴⁰, y en esa línea se ha orientado en algunos casos paradigmáticos relativos fundamentalmente a tres grupos de supuestos:

- a) compraventas efectuadas tras la realización intencionada de investigaciones sobre el valor del objeto del contrato por parte del comprador⁴¹,

³⁹ En tal sentido, KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, págs. 14-15 (donde lo asimila a la protección sobre patentes y secretos comerciales) y 33; y de modo similar BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 703-704 (que lo equipara a la propiedad intelectual).

⁴⁰ En tal sentido, *Pratt Land & Improvement Co v McClain*, 135 Ala. 452, 33 So. 185 (1902).

⁴¹ Como en el caso de la *Texas Gulf Sulphur*: en 1963, la *Texas Gulf Sulphur* realizó detalladas prospecciones aéreas en la región de Timmins (Ontario) en busca de anomalías geológicas, con un importante coste (en los cuatro años anteriores se había gastado casi tres millones de dólares sin resultados), determinando que era altamente probable la existencia de ricos yacimientos de minerales (concretamente, una veta de cobre, plata y zinc) que en gran parte se hallaban bajo el terreno de una finca propiedad de los herederos de Murray Hendrie, en la aldea de Kidd Creek. Con esta información, la empresa adquirió por 500 \$ una opción de compra por dos años sobre los derechos de explotación minera de la finca, que podría ejercer por 18.000 \$, como así hizo más adelante; el contrato de opción también establecía que en caso de que se descubriera un yacimiento de mineral con valor comercial, los herederos recibirían un 10 por 100 de los beneficios. Los depósitos existentes bajo la finca resultaron tener un valor aproximado de 2.000 millones de dólares, por lo que los herederos demandaron a la empresa por incumplimiento del deber de informar, reclamando la anulación del contrato de opción o una indemnización de 400 millones de dólares. Finalmente, se resolvió extrajudicialmente, llegándose al acuerdo de la compra de la participación de los herederos en los beneficios por 100 millones de dólares. No obstante, el TS de Ontario, en un caso relacionado [*Leitch Gold Mines, Ltd v Texas Gulf Sulphur*; 1 Ontario Reports 469, 492-493 (1969)], destacó que *Texas Gulf Sulphur* sólo hizo «what any prudent, mining company would have done to acquire properly in which it knew a very promising anomaly lay» al adquirir la finca «without causing the prospective vendors to suspect that a discovery had been made».

Un supuesto similar ya se había presentado en el caso *Neill v Shamburg* [158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893)]: las partes eran copropietarias de una concesión petrolífera, y Shamburg compró la participación de su copropietaria Neill por 550 \$, más 100 \$ adicionales en caso de que se encontrara un pozo que produjera seis o más barriles de petróleo al día. Shamburg, que estaba explotando en ese momento varios pozos en terrenos adyacentes, uno de ellos bastante valioso, dijo a sus empleados que no dieran información sobre esta materia, y no dijo nada a su copropietaria sobre el pozo cuando le compró su participación. Ante la demanda de Neill solicitando la anulación de la venta de su participación en la concesión petrolífera, el Tribunal, que previamente entendió que esta copropiedad no implicaba una relación de confianza entre las partes, consideró que Shamburg no tenía con Neill ningún deber de información y rechazó la pretensión de anulación, sobre la base de la protección de la inversión realizada hasta el momento en el desarrollo de su empresa, que justificaba el sigilo: «unless there is some exceptional circumstance to put on him the duty to speak, it is the right of every man to keep his business to himself. Possibly, Shamburg was unduly suspicious on this point, but

- b) conocimientos anticipados por el comprador de la producción de un futuro incremento de valor de ese objeto⁴², y
- c) a la inversa y en sentido negativo, la no protección de compradores por vicios *aparentes* sobre los que no realizan una mínima investigación⁴³: si el vendedor no tiene motivos para creer que el comprador está errado, sería antieconómico obligarle a comunicarle vicios evidentes, pues con toda probabilidad sólo estaría contándole lo que ya sabe e incrementaría innecesariamente los costes de transacción (aunque si existieran esos motivos que pudieran hacerle conocer el error del comprador, sí debería el vendedor comunicarle los defectos)⁴⁴. Respecto de los vicios ocultos, en cambio, frente a una antigua disparidad de posiciones en la que no faltaba las que entendían que el vendedor podía guardar silencio

the nature and position of his business suggested caution. (...) We do not find in the acts of Shamburg, under the circumstances, anything more than a positive intention and effort to reap the benefit of his enterprise, by keeping the knowledge of its results to himself».

⁴² Así, el clásico caso *Guaranty Safe Deposit & Trust Co v Liebold* [207 Pa. 399, 56 A. 951 (1904)]: la compañía *Guaranty* había adquirido una opción de compra sobre la finca de Liebold en la población de Butler y posteriormente la ejercitó, comprándola por 15.000 \$. Liebold instó la anulación de la venta sobre la base de que, en el momento de la adquisición de la opción, el Sr. Reiber (agente de la compañía) conocía que la *Standard Steel Car Company* tenía previsto instalar en Butler una gran fábrica, de modo que mientras que Liebold sólo había oído sobre la llegada de una empresa, y su conocimiento era aproximado e indefinido, la *Guaranty* tenía certeza sobre esa llegada y había evitado este conocimiento a la otra parte. El Tribunal rechazó la pretensión sobre la base de que sólo la protección de esa información permite tener opciones de beneficio: «In this commercial age, options are daily procured by those in possession of information from which they expect to profit, simply because those from whom the options are sought are ignorant of it. When the prospective seller knows as much as the prospective buyer, options can rarely if ever, be procured, and the rule that counsel for appellant would have us apply would practically abolish them».

⁴³ En el caso *Gutelius v Sisemore* [365 P.2d 732 (Okla. 1961)], se reclamaba por el comprador la anulación de la venta de una casa, sobre la base de que una acumulación de agua de lluvia bajo los cimientos había provocado que el edificio estuviera impregnado de malos olores, que ello sería un vicio oculto y que el vendedor debería haberle advertido de su existencia. El Tribunal rechazó esta pretensión, afirmando que una inspección de las instalaciones (pese a que realmente la había realizado) habría puesto de manifiesto al comprador las condiciones responsables de la acumulación de agua, y declara que cuando los medios de conocimiento están a mano e igualmente disponibles para ambas partes, y el objeto de la compra está accesible a su inspección, si el comprador no utiliza de estos medios y oportunidades no puede decir que ha sido defraudado por las retenciones del vendedor. *Mutatis mutandis*, la misma línea argumental se ha seguido por nuestro Alto Tribunal en la STS de 3 de marzo de 1994, cuando declaró, en un caso de una supuesta doble venta (realmente venta de cosa ajena), que «tampoco merece especial acogimiento (por supuesto, en este trance judicial y sin perjuicio de sus derechos frente a quien indebidamente le enajenó el inmueble), la conducta de quien, como el actor, recurrido, se decide a comprar un inmueble, de especial importancia, sin antes preocuparse a comprobar cuál era no sólo su situación jurídica, sino, en particular, su situación posesoria, lo que, con una diligencia mínima, hubiera conocido, y acaso, propiciado su desistimiento adquisitivo».

⁴⁴ Cfr. KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, pág. 23.

sobre ellos⁴⁵, sobre la tradicional regla *caveat emptor*, que vendría a establecer el deber de cada parte de procurarse la información necesaria para sus intereses, actualmente se tiende a entender existente la necesidad de manifestar la existencia de tales defectos⁴⁶, por cuanto el descubrimiento de un vicio oculto exige más que una investigación ordinaria, e incluso si ninguna de las partes tiene conocimiento de él sería más eficiente atribuir al vendedor el riesgo de la creencia errónea de que no existe el defecto, sobre la base de que de las dos partes a él es a quien resultaría más barato evitar el error, y cuando tiene conocimiento del vicio —y el comprador no— será el vendedor quien podrá evitar el error del comprador a menor coste (a menos de que hubiera llegado a esa información sobre la existencia del vicio oculto como consecuencia de una investigación intencionada, que no hubiera realizado si hubiera sabido que debería informar a los compradores de todo defecto que descubriera, pero aun en ese caso debería informarles, porque ese deber de comunicar la existencia de vicios ocultos no necesariamente habrá de desincentivar las inversiones en la obtención de un mayor conocimiento sobre las cualidades de lo que vende, pues el vendedor podrá beneficiarse de muchos modos de un conocimiento más profundo de las cualidades de sus bienes: le permitirá ser más eficiente en la adquisición de materiales, reducirá la probabilidad de que deje de identificar cualquier ventaja especial de sus bienes..., a diferencia de la información de mercado —distinta de esta información sobre las características de los productos en venta—, que como hemos visto sí vería reducida su utilidad si se impusiera un deber de información,

⁴⁵ Así, en el caso *Swinton v Whitinsville Sav. Bank* [311 Mass. 677, 42 N.E.2d 808 (1942)], en el que el vendedor de una casa en Massachusetts en 1942 afirmaba que no tenía ninguna obligación de informar al comprador de la existencia de una plaga de termitas que éste desconocía, el TS estatal rechazó tal deber de informar, considerando que de existir haría responsable a todo vendedor que deja de comunicar cualquier vicio no aparente que conociera en el objeto de la venta que materialmente redujera su valor y el comprador no hubiera descubierto, y parecería que todo comprador sería responsable si dejara de informar de cualquier virtud no aparente que conociera en ese objeto que materialmente incrementara su valor y que el vendedor no conociera. En el mismo sentido, *Perin v Mardine Realty Co*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N.Y.S. 2d 947 (1957).

⁴⁶ Así, en un caso idéntico de una plaga de termitas, la sentencia del caso *Obde v Schlemyer* [56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (1960)] declaró la existencia del deber de información del vendedor, al margen de que el comprador no hiciera preguntas sobre la posibilidad de termitas, ya que esa situación estaba claramente oculta y no fácilmente observable en una inspección razonable. En el mismo sentido, *Williams v Benson*, 3 Mich. App. 9, 141 N.W.2d 650 (1966); *Cohen v Blessing*, 259 S.C. 400, 192 S. E. 2d 204 (1972). Como vemos, son casos similares al ya planteado hace veintiún siglos por Cicerón, al que hicimos referencia *supra*, llegándose en esta segunda línea a la misma conclusión. Por otra parte, es la solución establecida legalmente en nuestro Derecho, en que el Código Civil consagra el saneamiento por vicios ocultos en los artículos 1474.2.º y 1484-1499.

hasta el punto de poderse llegar a no ser suficientes para justificar la inversión en su realización)⁴⁷.

En este punto cabe entender que existiría el deber de informar a la otra parte si la información fuera necesaria para evitar un deterioro del bien objeto del contrato o de su valor o que el mismo cause un daño, o afecte a los datos o presupuestos esenciales⁴⁸ tenidos en cuenta por las partes a la hora de celebrar el contrato, mientras que en los casos en que la información no tuviera esas consecuencias, e incluso pudiera implicar un aumento de valor del bien⁴⁹, podría

⁴⁷ Cfr. KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, págs. 25-26. Mientras que KRONMAN reconoce al comprador el derecho a no revelar la información de que dispone (regla de que *el silencio es oro*), Saul LEVMORE (en «Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts», *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982, págs. 139-140), yendo más allá, mantiene que la protección del interés del comprador en su información, y por tanto su incentivo en realizar inversiones de interés social, debería fundamentar que fuera admisible que el comprador mintiera en sus respuestas a las preguntas del vendedor sobre el valor del bien vendido (regla de la *deshonestidad óptima*): cualquier pista sobre la información de que dispone el comprador haría que el vendedor que supiera qué preguntar podría aprovecharse de las inversiones del comprador en la información, de modo que el único modo de proteger el interés del comprador en su información sería permitirle mentir en tales casos; aunque con carácter general sería una conducta dolosa, permitir este tipo de mentiras sería socialmente útil porque protegería los incentivos a la inversión en la investigación que redundarían en el bien común, y eficiente en cuanto que preserva el incentivo del comprador para invertir en información. Como pone de manifiesto Michael J. BORDEN (en «Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs», *Missouri Law Review*, vol. 73, núm. 3, verano de 2008, pág. 687), el que en el modelo estándar (error unilateral y no revelación de información) sea muy sencillo para el vendedor aprovecharse de su posición como propietario del bien para apropiarse de las inversiones del comprador en la información con una simple sospecha del auténtico valor del bien, hace que deba protegerse tal información conforme a las reglas de no revelación de la información de KRONMAN o LEVMORE, dada la *superficialidad* del secreto de esa información y su naturaleza binaria (se tiene o no); cualquier regla que requiriera más del comprador le daría una ventaja estratégica al vendedor permitiéndole apropiarse de todo el beneficio creado por los esfuerzos del comprador, lo que destruiría el incentivo de éste para invertir en información y en muchos casos impediría la creación de valor en beneficio de la sociedad. No obstante, la regla de la *deshonestidad óptima*, que atribuiría al comprador un derecho a mentir, iría en contra de lo que es legal y generalmente considerado como justo (cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 696-697).

⁴⁸ Los elementos secundarios, por sí mismos o por no haberse establecido como determinantes en las negociaciones, no deberían en principio dar lugar a un deber de información. Así, por ejemplo, la referente a cambios de modelo o mejoras técnicas proyectados en el aparato vendido no debe considerarse como información que deba transmitir el vendedor (que además puede desconocer justificadamente, y en cualquier caso esa comunicación implicaría negativas consecuencias económicas para el propio vendedor y el fabricante), mientras que sobre la existencia de nuevos modelos ya introducidos en el mercado sólo habrá esa obligación si la otra parte le pregunta al respecto expresamente, como indica GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 110-111.

⁴⁹ No obstante, en ocasiones no es tan claro si una misma información es favorable o desfavorable, y el que la posee puede desconocer su trascendencia en uno u otro sentido: así, la construcción de una carretera cerca de la vivienda en venta puede ser positiva, por

acudirse a consideraciones de eficiencia asignativa y eficiencia productiva⁵⁰, valorando la simetría o asimetría en el acceso a la información a fin de atribuir el deber de comunicar la información o de autoinformarse a una u otra⁵¹ (es decir, se valora si ambas partes pueden acceder a la información en condiciones semejantes o bien el acceso resulta más dificultoso a una parte que a la otra, en suficiente diferencia; o si resulta menos oneroso a una parte revelar la información que a la otra obtenerla), de modo que si los costes son simétricos no habría deber de información y en caso de asimetría sí existiría para aquella parte a la que resultan inferiores los costes, y no para quien ha debido asumir unos costes para obtener la información⁵²; pero sin que pueda decirse que con carácter general una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el

facilitar la accesibilidad y comunicación de la misma, pero también negativa, por provocar un aumento de ruidos y molestias. En cambio, si el poseedor de la información conoce cuál puede ser la valoración que la otra parte tendría de la misma, y ésta es desfavorable, podría entenderse obligado a informarla, pues, como señala BASOZÁBAL (en «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 656), «la omisión deliberada de un dato que se sabe decisivo para la formación del consentimiento contractual de la contraparte debe considerarse constitutivo de dolo omisivo, o al menos (...) de error».

⁵⁰ En los *casos difíciles*, entendiendo por tales aquellos para los que no hay una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento, entiende Cándido PAZ-ARES (en «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 2845) que debería recurrirse al principio de eficiencia, y en caso de contradicción entre las exigencias de la eficiencia asignativa y las de la productiva, debería darse preferencia a las segundas sobre las primeras (*ibid.*, págs. 2889-2891). Así, para VERDA (en «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, pág. 46), existiría un interés general en un incremento de los niveles de información con fuerza productiva significativa para la sociedad, debiéndose reconocer a quien tiene ciertos datos que sólo a él le son conocidos la posibilidad de servirse de ellos para equilibrar el contrato a su favor, pues de lo contrario se desincentivarían los procesos de búsqueda de nuevas informaciones socialmente útiles.

⁵¹ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 21-22.

⁵² Así, excluyen del deber de informar cuando la información se conoce como consecuencia de un proceso de búsqueda costoso GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 130 y 137; MORALES, «El error en los contratos», *op. cit.*, pág. 231; VALÉS, «La responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 729; y VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 47 y 51, y «La reticencia...», *op. cit.*, pág. 144; así como KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, pág. 9 (a cuya doctrina BORDEN le llama por ello la de *el silencio es oro*). En especial, son de destacar las consecuencias negativas que implicaría el deber de informar respecto de innovaciones técnicas y datos amparados por el secreto industrial, pues ello alteraría la competencia en el mercado y desincentivaría las inversiones para mejorar los productos, como ponen de manifiesto GÓMEZ CALLE y VALÉS, *ibid.*

Sobre el papel económico de los costes de investigación, para afrontar la inseguridad de los precios y la inseguridad de la calidad de los productos (que a su vez lleva a distinguir entre *bienes de búsqueda*, en los que el comprador puede reducir la inseguridad respecto de la calidad ante la decisión de la compra mediante el empleo de informaciones sobre el producto, y *bienes experimentados*, en los que los costes de información se sustituyen por la confianza en el suministrador, que constituye así la condición para que puedan ser ofrecidos bienes experimentados), vid. SCHÄFER y ÖTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 310-311.

solo hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma⁵³.

Económicamente⁵⁴, se considera así como condición para que deba protegerse la confianza que los costes de información sean asimétricos, pues sólo entonces la confianza puede sustituir al gasto de información: si los gastos de información de ambas partes fueran idénticos sólo estarían redistribuyendo los costes de información de la confianza sin que, en conjunto, obtengan ventaja alguna; con costes de información simétricos, altos o bajos, la confianza no supone una alternativa razonable para la aplicación de costes de información, sino que ello sólo sucederá en los casos de información asimétrica, en que quien deba obtener el estímulo para aplicar los costes de información sea quien tenga los costes más bajos, y confiar en quien tenga los mayores costes de información. Así, el propietario de la cosa será quien normalmente esté en mejores condiciones de tener la información sobre sus características, por lo que en caso de venderla será él quien deba informar al potencial comprador sobre las mismas, pero en ocasiones los costes de información pueden ser idénticos para ambas partes, e incluso la situación puede ser la inversa, de modo que los costes de información sean inferiores para el comprador que para el vendedor (como en los casos, sobre los que volveremos más adelante, en que el comprador experto observa que el objeto de la compraventa —por ejemplo, una obra de arte— tiene un valor muy superior al precio que pide el vendedor, sin especiales conocimientos sobre sus cualidades): en tal caso, algunos analistas económicos del Derecho entienden que no habría un deber de información a cargo del comprador, puesto que, además de que la información pueda no ser casual sino intencionada y consecuencia de una costosa investigación y de que estemos ante una información que aumenta el valor del bien, su posición no le permitirá percibir una prima de confianza, pues es él quien ha de pagar por el bien, y la prima que podría obtener precisamente se derivaría de no transmitir esa información⁵⁵.

A ello deberá unirse la productividad de las informaciones, la necesidad de primar la confianza (es decir, la parte a que se imputan los costes de información debe contar con una prima que le resarza los costes que le suponga protegerla, por ejemplo pudiendo trasladarlos al precio del producto o servicio; en cualquier caso, la otra resultará beneficiada por esta distribución, pues obtendrá la información a un menor coste del que le hubiera supuesto haberla tenido que conseguir por su cuenta) y que en cambio la prima por oportunismo (los

⁵³ Cfr. Díez-PICAZO, «Fundamentos...», *op. cit.*, pág. 312.

⁵⁴ Cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 324-327 y 339-344. Posición ésta seguida igualmente por VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 49-51.

⁵⁵ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, pág. 23.

beneficios derivados de no informar o hacerlo defectuosamente) sea inferior a aquélla⁵⁶. Ello también determinaría la función económica de la responsabilidad profesional por las informaciones⁵⁷.

También, en esa línea, se ha tenido en cuenta si la información que tiene una parte se ha obtenido casualmente (y por tanto los posibles costes de adquisición son inexistentes o se hubieran producido de todos modos), en cuyo caso se considera existente el deber de informar a la otra parte, o bien se obtuvo intencionadamente (incurriéndose en unos costes específicos para ello), en que tal deber no existiría, salvo que dicha obtención se hubiera producido ilegal o torticeramente⁵⁸.

En esa línea, GÓMEZ CALLE⁵⁹ halla el fundamento de los deberes de información precontractual en dos perspectivas: la jurídica, que además de los supuestos de origen legal (es decir, que un precepto legal específicamente imponga esa transmisión de información) se centra en el principio de la buena fe (existe una razón que justifique una protección de una parte que imponga a la otra esa transmisión)⁶⁰, y la económica, con base en el principio de óptima utilización de los recursos económicos y a fin de permitir el correcto desarrollo de la competencia en el mercado.

La eficiencia asignativa, en función de cómo se ha adquirido la información, implicará que, desde un punto de vista social, las informaciones que ponen de manifiesto un cambio de circunstancias que afectan al valor relativo de los productos deberían alcanzar el mercado lo antes posible⁶¹, lo que en ocasiones

⁵⁶ El *riesgo de oportunismo*, por el que resulte más rentable no informar correctamente, pues el vendedor que lo haga no se ve recompensado y que el que no lo haga no se ve sancionado sino que aumentan sus beneficios, podrá llevar a la larga a la supervivencia sólo de los malos vendedores, con el consiguiente empeoramiento general del mercado. Este riesgo deberá eliminarse mediante la responsabilidad por confianza, estableciendo deberes de información que determinen un correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado y de la competencia. Cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 343-344.

⁵⁷ Cfr. SCHÄFER y OTT, «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, págs. 350-352.

⁵⁸ Al respecto, en la doctrina norteamericana, KRONMAN (en «Mistake, disclosure and the law of Contract», *op. cit.*, págs. 13-14, 16, 18 y 33) distingue entre información deliberadamente adquirida e información casualmente adquirida, siendo ejemplos de la primera la del analista de riesgos que se informa sobre una empresa, estudiando su comportamiento económico, y de la segunda la del que obtiene una información valiosa cuando accidentalmente escucha una conversación en el autobús. La primera, que es la que se consigue con unos costes de investigación, ha de ser protegida permitiendo a la parte que tiene la información no revelarla a la otra.

⁵⁹ GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 12-26, 83-87 y 131. Igualmente, VERDA, «El dolo *in contrahendo*», *op. cit.*, págs. 44-45.

⁶⁰ No obstante, debe puntualizarse que, si bien la buena fe impone una exigencia de deberes de información en ciertos casos, no puede considerarse que imponga un deber general de informar en todos los supuestos.

⁶¹ KRONMAN, «Mistake, Disclosure...», *op. cit.*, págs. 12 y 13.

se logrará imponiendo deberes de información, como en la existencia de vicios en la cosa vendida, mientras que en otros casos la imposición de estos deberes podría producir un aumento de dicho tiempo, como cuando en las ventas de objetos de arte el comprador aprecia cualidades que aumentan el valor del bien vendido⁶². Si en este segundo caso lo deseable es que la información llegue

⁶² Así, en el caso *Poussin*, resuelto por la sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 7 de enero de 1987, el matrimonio Saint-Arroman quería vender uno de sus cuadros, que conforme a la tradición familiar se atribuía a Nicolas Poussin. Un experto indicó que la obra podía atribuirse a la escuela de Annibale Carracci, lo que hacía que fuera de mucho menor valor. El lienzo se sacó a subasta en 1968, haciéndose constar en el catálogo de la misma que pertenecía a la escuela de Carracci, y se vendió por 2.200 francos, aunque el Museo del Louvre ejerció el derecho legal de retracto. Poco después, un especialista en Poussin manifestó en un artículo que la obra era realmente de este pintor, y el Louvre procedió a exponerla como una obra maestra del mismo recién descubierta. Los vendedores demandaron al Museo reclamando la devolución del cuadro, así como una indemnización por error en la sustancia. El Tribunal de Primera Instancia de París decidió en 1972 resolver el contrato, sobre la base de que, debido a la mayor experiencia del Museo, éste había obtenido grandes beneficios del error del matrimonio Saint-Arroman: consideró que el Museo estaba perfectamente al tanto del error y la no revelación se consideró que viciaba el consentimiento de los vendedores. La Corte de Apelación de Versalles confirmó la decisión del tribunal de instancia, sobre la base de que, al momento de contratar, los vendedores no estaban convencidos de que la pintura fuera de Poussin, mientras que el Museo sí tenía probablemente ese conocimiento, dado que tuvo que ofrecer en la subasta un precio que era veinticinco veces el valor que le atribuyó el experto, además de que, sólo quince días después de la compra, el artículo del especialista en este autor presentaba la obra como un Poussin descubierto por el joven grupo de conservadores del Museo, siendo poco más tarde expuesto en el Museo como un Poussin. De este modo, el que el Louvre no comunicara a los vendedores que al menos suponía fuertemente que la obra era de Poussin constituía un importante fundamento para permitir a los vendedores la resolución del contrato. En contra de esta resolución (vid. VAN ROSSUM, Madeleine, «The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, núm. 3, 2000, pág. 319) se ha argumentado que si el comprador estuviera obligado a revelar al vendedor una información que le lleva a creer que la obra de arte en venta tiene un valor que sobrepasa el precio de venta no habría incentivo para el comprador para adquirir la información consecuencia de sus esfuerzos, porque sólo beneficiaría al vendedor, lo que finalmente iría en perjuicio de la sociedad porque las obras maestras se mantendrían desconocidas, y que el vendedor, como poseedor de la obra, la habría podido inspeccionar tanto como hubiera sido necesario, por lo que no podría luego quejarse si se equivocó sobre su identidad real. Ya D. Federico DE CASTRO puso un ejemplo similar (en «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 113): «en caso de una oferta por persona iletrada de un incunable a una Biblioteca nacional, la compra que haga este establecimiento, a bajo precio, de «ese libraco viejo», sin advertir de su ignorancia al vendedor, estará viciada por error, potenciado por la mala fe de quien compra».

En el caso *Fragonard*, resuelto por las sentencias del Tribunal de Grande Instance de París del 6 de marzo de 1985 (cit. por GHESTIN, «The Pre-Contractual Obligation...», *op. cit.*, pág. 159; y NICHOLAS, «The Pre-Contractual Obligation...», *op. cit.*, pág. 185) y la *Cour d'appel* de París del siguiente 12 de junio (a su vez confirmada parcialmente por la Sala Civil 1.ª de la *Cour de cassation* el 24 de marzo de 1987), la Congregación de las Hermanas de Saint-Charles du Puy vendió el contenido de un ático a un comerciante por 6.800 francos, entre cuyos objetos estaba una pintura que fue adquirida más tarde por un restaurador por

4.000 francos. Tras una cuidadosa restauración y una costosa investigación realizada sobre todo en Italia, el restaurador descubrió que la pintura era una obra original del pintor manierista italiano Lorenzo Lotto, *Jesús con la Cruz*, vendiendo la pintura al Museo del Louvre por 3.250.000 francos. La Congregación reclamó la propiedad, y el tribunal de primera instancia la denegó, siendo sin embargo acogida la pretensión en apelación, por entender existente un error común a ambas partes en la sustancia del objeto del contrato (al no ser posible la restitución específica, hubo de entregar el precio pagado por el Louvre), lo que fue confirmado en casación sobre el mismo fundamento, si bien debía resarcirse al comprador por los trabajos de restauración desarrollados por él.

Similar es el caso del *Kantharos de Stevensweert*, resuelto por el TS holandés el 19 de junio de 1959 (NJ 1960/59), muy tratado por la doctrina de ese país: en 1943, el señor Bongers encontró al excavar cerca del río Mosa en Stevensweert (provincia de Limburgo, Países Bajos) una copa gris bastante fea llena de barro, y la vendió por un precio reducido a un conocido suyo, el señor Rulkes, que era coleccionista de curiosidades, especialmente de Limburgo. Tras la muerte de Rulkes, el matrimonio Van der Linden, que heredó la copa, quería estar mejor informado sobre la procedencia y el material de la copa, por lo que la llevaron al señor Van Straaten, el conservador del Museo de oro y plata de Utrecht, quien la mostró al orfebre Brom, que se interesó inmediatamente por el objeto (durante el procedimiento judicial, no obstante, insistió en que inicialmente no tenía la menor idea sobre el valor real de la copa), y la compró por 125 florines. Tras la venta, un amplio análisis de expertos mostró que la taza realmente era de origen griego bizantino y de un valor incalculable. Brom publicó sus hallazgos detalladamente en un folleto. Cuando el matrimonio Van der Linden leyó sobre el tesoro que había vendido por un precio insignificante, quiso anular la venta sobre la base de dolo o error y reclamó la restitución del objeto. La solicitud fue rechazada por los tribunales, y el TS holandés afirmó que de acuerdo a la opinión común razonable, la parte que entrega un objeto por una contraprestación acepta la posibilidad de que posteriormente el objeto llegue a tener especiales cualidades extraordinarias que no hayan podido ser previstas al momento de contratar. Ha de tenerse presente que el TS consideró que las especiales cualidades de la copa sólo se revelaron tras un estudio particular por el comprador, de modo que el conocimiento sobre el valor de la copa no se presumía que hubiera estado presente en el momento de la celebración del contrato, dejando expresamente abierta la posibilidad de que el contrato hubiera podido anularse sobre la base de circunstancias adicionales tales como el conocimiento inicial por el comprador del valor del objeto, lo que podría llevar a un deber de informar al vendedor inexperto, mientras que cuando el conocimiento final del comprador sobre el valor real se haya obtenido por una investigación sustancial ello podría justificar que obtuviera un beneficio excepcional. Cfr. Rossum, «The Duty of Disclosure...», *op. cit.*, págs. 320-321.

En España, la STS de 9 de octubre de 1981 declaró válida la venta de un cuadro catalogado como del pintor Joaquín Sorolla que después resultó ser falso, si bien lo hizo sobre la base del uso de comercio que determina que la intervención de los vendedores de obras pictóricas en relación con la autenticidad de las pinturas vendidas en su establecimiento de autores fallecidos o no contemporáneos se limita a expresar de buena fe que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que hayan podido reunir o tener a su alcance. En relación con esta resolución judicial, MORALES (en «El error en los contratos», *op. cit.*, págs. 88-89) entiende que, como el vendedor actuó de buena fe y, en consecuencia, la defectuosa información sobre la verdadera autoría del cuadro no era imputable a ninguno de los contratantes, se plantea por tanto cuál ha de ser el reparto de riesgos (el riesgo de una defectuosa información), en especial cuando la información de las partes es distinta, y una de ellas sabe lo que la otra ignora. Ya Federico DE CASTRO señaló (en «El negocio jurídico», *op. cit.*, pág. 113) que en ese caso el error de quien está peor informado puede resultar relevante si afecta a los hechos tomados como *valores entendidos* o «presuposiciones» del contrato, y así la buena fe *puede* llevar —en función de

cuanto antes al mercado, se tratará de generar incentivos para que las personas se involucren en actividades que lo permitan, y así ha de permitirse al comprador obtener los beneficios económicos de la información que posee, mientras que la imposición de un deber de informar al vendedor impide que pueda obtener esos beneficios, que se pierden por el solo hecho de transmitir la información; por ello, en esa situación, el comprador se abstendría de la operación y los objetos de arte quedarían con destinos menos valiosos que los potencialmente posibles, de modo que la imposición del deber de informar a quien ha invertido en la producción de la información se convertirá en un desincentivo para que en el futuro otros vuelvan a invertir en ese tipo de información (ya que no se recuperarán los costes, y respecto de la otra parte, que sabe que si la primera tuviera una información deberá suministrársela, no existirá razón para que él invierta en conseguirla por sí mismo), y por tanto no debería realizarse esa imposición, mientras que si no se ha producido esa inversión, porque la información se ha adquirido gratuitamente, la imposición —dado que el deber obviamente no desincentiva el azar— estaría justificada⁶³. No obstante, se le ha criticado⁶⁴ que si se trata de incentivar que las circunstancias que afectan al precio de un bien lleguen cuanto antes al mercado, no debería incentivarse

las circunstancias del caso— a que tenga valor la expresión del fin individual, como cuando al comprar un objeto el comprador explica al vendedor que lo adquiere como regalo de boda para cierta pareja y el vendedor sabe que los novios han muerto en un accidente pero no advierte de ello al comprador. En el mismo sentido, cfr. RIVERO, «Los vicios...», *op. cit.*, pág. 383, que destaca que en general el error en los motivos sólo tendrá relevancia cuando implique ausencia de causa.

El resultado es muy distinto en el Derecho inglés, que como veremos no suele reconocer la existencia de un deber precontractual de información, y que generalmente no considera la autenticidad de las obras de arte como un elemento esencial de la sustancia del objeto del contrato. Así, en el caso *Leaf v International Galleries* de 1950 [2 KB 86 (CA)], sobre la venta de un cuadro de la Catedral de Salisbury incorrectamente atribuido a John Constable y que ambas partes pensaban que era de este autor: se vendió en una galería de arte por 85 £ y cinco años después el comprador descubrió que no era auténtico, intentando anular el contrato por error, pero la demanda fue desestimada por caducidad de la posible acción, si bien Lord DENNING argumentó en torno al error que no lo hubo sobre el objeto de la venta, desde el momento en que lo que se vendió fue realmente un cuadro específico de la Catedral de Salisbury: había un error sobre la calidad del objeto y era en cierto sentido esencial, pero no anula el contrato porque no hubo error sobre el objeto de la venta: las partes estaban de acuerdo en las mismas condiciones sobre el mismo objeto y ello es suficiente para constituir un contrato. Lo mismo puede decirse del caso *Harlingdon & Leinster Enterprises Ltd v Christopher Hull Fine Art Ltd* de 1990 ([1991] 1 QB 564; 1 All ER 737): la descripción por el vendedor de las características del cuadro vendido no había movido al comprador a adquirirlo (no es una «venta por descripción» a los efectos de la Sección 13.^a de la *Sale of Goods Act* 1979), y éste había tenido la posibilidad de examinarlo por sí mismo antes de la compra.

⁶³ Cfr. GÓMEZ CALLE, «Los deberes precontractuales...», *op. cit.*, págs. 23-24; y MAZA GAZMURI, «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, págs. 1688-1689.

⁶⁴ Críticas recogidas por MAZA GAZMURI, en «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, págs. 1692-1693.

únicamente la producción de información, sino también su utilización: así, si la información adquirida gratuitamente que se refiera al valor de ciertos bienes no se protege, no habrá incentivos para utilizarla (como en el caso de quien aprecia casualmente la existencia de una valiosa obra de arte: si no se incentiva la utilización de esta información, se retrasará la llegada de la misma al mercado); y que la protección de la producción de información sólo se justifica en caso de que se genere una ganancia social neta, deducidos los costes que origina su producción y su protección (o, dicho de otro modo, que no toda producción de información sería protegible, si su coste resultara excesivo).

Por ello, BASOZÁBAL⁶⁵ entiende que la información que sólo pueda aprovecharse si se reserva puede no revelarse, aunque recaiga sobre presuposiciones contractuales, porque si es costosa debe incentivarse y si no lo es ha podido conocerse por la otra parte, excepcionando los casos de dolo, información privilegiada o posición monopolista o desproporción notoria en el gasto de acceso respecto de la información. No obstante, estos criterios, claramente basados en un análisis económico del Derecho, que atiende a los costes de acceso a la información de cada parte y a si su posesión crea riqueza o no, no pueden considerarse lo suficientemente determinantes por sí solos, sino que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, en función de cuál sea la relación entre las partes, su comportamiento previo, etc.

En cambio, la eficiencia productiva atiende a la naturaleza de la propia información y a sus efectos productivos y redistributivos, distinguiéndose entre la predicción de la información y el descubrimiento (reconocimiento de algo que se encuentra oculto y no se revelará a menos que alguien lo descubra). La predicción no es especialmente valiosa socialmente, sólo mejorará la posición negociadora de quien la tiene, si la utiliza; mientras que el descubrimiento sí aumentará la riqueza del conjunto de la sociedad. La primera será una información redistributiva, que crea una ventaja que puede utilizarse para redistribuir la riqueza en favor de la parte informada, mientras que la segunda será una información productiva, que puede utilizarse para crear más riqueza⁶⁶. Por ello, sólo la información productiva derivada del descubrimiento ha de protegerse,

⁶⁵ Cfr. BASOZÁBAL, «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 698.

⁶⁶ Otros autores, como SCHÄFER y OTT (en «Manual de análisis económico...», *op. cit.*, pág. 307), prefieren distinguir entre informaciones productivas, si el empleo del conocimiento en la adopción de decisiones conduce a una ganancia neta de bienestar (por lo que el empleo del conocimiento es más productivo que su no empleo), e improductivas, que son ventajosas para el particular pero no para la sociedad en su conjunto (el beneficio particular no es mayor que el daño que sufre otro, con lo que el coste de la información sólo permite un juego de suma cero improductivo). Así, la protección de la confianza se basaría en la productividad de las informaciones que se evitan con la confianza, excluyendo las informaciones improductivas e incluso antiproduktivas, que minan las condiciones funcionales de la economía de mercado (*ibid.*, pág. 325).

y por tanto no habría de existir un deber de transmitirla, y no la información redistributiva derivada de la predicción⁶⁷.

La importancia de esta materia ha crecido de forma exponencial en los últimos tiempos, aumentando en gran número las normas que, en todos los ámbitos, tratan la misma, en especial en el ámbito de la protección de los consumidores, y en el Derecho comparado la generalidad de los ordenamientos europeos⁶⁸

⁶⁷ Cfr. MAZA GAZMURI, «Casos realmente difíciles...», *op. cit.*, págs. 1689-1692.

⁶⁸ No así en el Derecho inglés, donde como dijimos se parte precisamente del rechazo a imponer deberes generalizados de información precontractual (de modo que la reticencia —*non disclosure*— no se equipara a la información fraudulenta —*fraudulent misrepresentation*—, que es la que se reprime; no obstante, sobre la dificultad de aprehender el concepto de la *misrepresentation* en el Derecho inglés, vid. SEFTON-GREEN, Ruth, «How far can we go when using the English language for private law in the EU?», en *ERCL*, vol. 8, núm. 1, 2012, págs. 36-37), por no producirse una aplicación del principio de la buena fe en los tratos preliminares y por la atenuación de la importancia del error en el consentimiento a favor de la acentuación de la responsabilidad de la otra parte en su causación. Correspondería así a cada parte la obtención de la información que entienda relevante para contratar o no, y hacerlo con unas determinadas condiciones. Para Barry NICHOLAS [«The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: English Report», en HARRIS y TALLON (eds.), «Contract Law Today...», *op. cit.*, págs. 184 y 187] la distinción básica entre los Derechos ingles y francés (lo que podría generalizarse a los Derechos continentales) es que el primero parte de un punto de vista económico y el francés de uno moral, además de las diferencias en las estructuras conceptuales entre los dos sistemas legales. La actual posición del Derecho inglés se recoge en las sentencias de la *House of Lords* en los casos *Banque Keyser Ullmann SA v Skandia (U.K.) Insurance Co Ltd* y *Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd* [(1991) 2 A.C. 249 (1990) 3 W.L.R. 364, H.L. (E.) y (1991) 2 W.L.R. 1279, H.L. (E.)], ambas referidas a seguros (contratos que precisamente constituirían una excepción a esta regla), y puede remontarse a la sentencia del caso *Smith v Hughes* de 1871 (LR 6 QB 597), donde el juez COCKBURN declaró «I take the true rule to be, that where a specific article is offered for sale, without express warranty, or without circumstances from which the law will imply a warranty —as where, for instance, an article is ordered for a specific purpose— and the buyer has full opportunity of inspecting and forming his judgment, if he chooses to act on that judgment, the rule caveat emptor applies» y el juez BLACKBURN, más claramente aún, que «whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor». Cfr., al respecto, GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *Indret*, núm. 2/2010, abril 2010, pág. 30; MAZA GAZMURI, «Tipicidad y atipicidad...», *op. cit.*, págs. 89-92; y PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 899-900. La excepción estaría en los casos en que se establece un deber legal expreso de informar (como dice MAZA GAZMURI, la diferencia entre el Derecho continental y el *common law* no sería respecto de la presencia de «deberes precontractuales de información», sino de los que denomina «deberes precontractuales de información atípicos»), cuando concurren circunstancias en que la no revelación de una información pueda considerarse como deshonesto (constituyendo una *misrepresentation*) y en los contratos denominados *uberrimae fidei*, en los que existen especiales relaciones de confianza entre las partes (participación en sociedades, colaboración empresarial, empresas familiares, seguros...).

En el Derecho de Estados Unidos, en cambio, la jurisprudencia ha considerado en ocasiones que existiría un *duty to disclose*. Aunque no es uniforme, tiene en cuenta especialmente si la información se refiere a la calidad o «sustancia intrínseca» del bien objeto del contrato

consideran como una derivación de las exigencias de la buena fe el que quienes negocian han de informarse recíprocamente de las circunstancias que la otra ignore y que puedan ser de importancia sustancial para la adopción de la decisión de contratar o no o de hacerlo en esas condiciones (circunstancias relevantes que varían en los distintos ordenamientos)⁶⁹.

Así, específicamente en la materia del Derecho del consumo es donde el papel general de la información al consumidor es especialmente destacado⁷⁰: como manifestación de una transparencia del mercado que le permitiría adoptar decisiones libres y debidamente meditadas, se consideró desde sus primeros momentos que también esa información debía darse específicamente en el ámbito precontractual, y ahora desde un enfoque positivo: la aportación de información ha de realizarse activamente, sin que pueda presumirse que exista o ya la tenga el consumidor. Así, el artículo 8.d) TRLGDCU [antes 2.d) LGDCU] contempla, como uno de los «derechos básicos de los consumidores y usuarios» que recoge, «la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute».

De este modo, el consentimiento contractual ha de ser un consentimiento debidamente informado de todas las circunstancias relevantes que puedan incidir sobre el contrato y su contenido, y con el establecimiento de unos deberes de información precontractual se pretende reequilibrar la asimetría informativa que originariamente existe entre las partes de la negociación, derivada de los distintos conocimientos que tienen (o pueden tener) como consecuencia de su diferente posición respecto de esas informaciones, y de ahí que en ciertos tipos de contratos esas informaciones precontractuales pasen a formar parte del contrato y el incumplimiento del deber de proporcionarlas se asimile en cierta medida al incumplimiento contractual⁷¹, resarciéndose no sólo un interés negativo o de confianza (daños derivados de haber concluido un contrato ineficaz, del quebrantamiento de la confianza razonablemente suscitada en la

o a otras circunstancias externas, si el contratante mejor informado tiene algún deber tuitivo o fiduciario frente al otro, más débil; si la información se ha conseguido por cauces legítimos y ha exigido, además, un especial esfuerzo o gasto para quien la obtuvo; y si quien no reveló la información crucial acompañó su reticencia con mentiras, expresiones engañosas o medias verdades. Cfr., al respecto, KRAWIEC, Kimberly D. y ZEILER, Kathryn, «Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories», en *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 8, diciembre de 2005, págs. 1795-1888. Realmente, como ponen de manifiesto estas autoras tras examinar más de mil casos, no existiría una verdadera teoría que cubriera todos los supuestos de error y *non-disclosure*, en la que han fallado todos los intentos doctrinales (cfr. también BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, pág. 676).

⁶⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 29.

⁷⁰ Recordemos que el artículo 51.2 CE declara que «los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios».

⁷¹ Cfr. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, *ibid.*

otra parte, al margen de que el contrato llegue finalmente a celebrarse y no se impugne; es decir, el interés derivado de la confianza, que coloca a la parte en la misma situación en que estaría si no se hubieran iniciado las negociaciones, porque no habría contratado si no hubiera padecido el error)⁷², relacionado con la culpa *in contrahendo*, sino incluso un interés positivo o contractual en el cumplimiento del contrato conforme a esas informaciones (es así un interés en el cumplimiento: exigencia del cumplimiento del contrato, en caso de que se llegara a realizar efectivamente, en los términos razonablemente esperables por la otra parte como consecuencia de la información recibida), vinculado a la existencia de dolo (que además permitiría la anulación del contrato)⁷³. Ello se verá destacadamente en el tratamiento que dan a esta materia los últimos textos de Derecho contractual europeo armonizado⁷⁴.

Por tanto, no puede decirse que exista actualmente un derecho general a una información contractual, fuera de los casos de específica previsión legal y de los deberes impuestos por la buena fe, acudiéndose en gran medida a la casuística de las circunstancias concurrentes y al recurso a pluralidad de criterios (tipo o configuración del contrato entre las partes, condición de las partes, comportamiento de una y otra, coste de acceso a la información...), ninguno de los cuales es relevante por sí solo. Sin embargo, tal derecho sí existiría en el ámbito del Derecho de consumo, y es contemplado —ahora ya con carácter general— por los distintos proyectos nacionales y europeos de modernización del Derecho de obligaciones y contratos.

Finalmente, apuntemos con BORDEN⁷⁵ que, frente al modelo estándar (en que una parte tiene una información de que carece la otra), la situación puede ser diferente cuando estamos ante lo que este autor llama un modelo de informaciones bilaterales o *modelo bilateral*: tanto el comprador como el vendedor

⁷² Entrarían aquí tanto el resarcimiento del daño emergente (daños y costes derivados de la negociación y contratación que finalmente no fructificó) como el del lucro cesante (pérdida de posibles oportunidades de contratar con terceros).

⁷³ PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 917) considera en cambio que sólo sería resarcible el interés negativo o de confianza, y no el positivo, cuya indemnización sería propia de la responsabilidad contractual. GALGANO («Il negozio giuridico», *op. cit.*, págs. 510-512) entiende que si el contrato no se ha llegado a concluir sería resarcible el interés contractual negativo, siendo el lucro cesante el daño por las ocasiones perdidas, mientras que si se ha concluido y es fruto de la falta de información entre los contrayentes (o de la falsa información, habría que añadir), entonces el resarcimiento del daño se regulará por los criterios (contractuales) ordinarios, y ello al margen de que también quepa la posibilidad de anulación del contrato en los casos del artículo 1.338 del *Codice*.

⁷⁴ Vid. los artículos 6:101 PECL, II.-9:102 DCFR, 70 del Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos (en su versión definitiva, 67 en la primera) y 69 CESL, y en mucha menor medida el artículo 32.2 del Proyecto de Pavía. También el artículo 1276 del Código Civil en la redacción propuesta por la Comisión General de Codificación en 2009.

⁷⁵ Cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 682-683.

disponen de informaciones sobre un bien dinámico (no inerte)⁷⁶ que afectan a su valor, como cuando una compañía farmacéutica vende la patente de un medicamento contra la diabetes, con un valor de 50 millones de dólares, y el comprador, tras una exhaustiva investigación, ha descubierto que combinado con sus propios procesos y productos el medicamento contra la diabetes puede ser transformado en otro contra el cáncer, de modo que en manos del comprador valdría 10.000 millones de dólares. De este modo, tanto el comprador como el vendedor han invertido en una información que aumenta el valor del bien, y este modelo se caracteriza porque el vendedor haya invertido en la información, haya un bien dinámico, el comprador realice aportaciones que incrementarán el valor del bien y exista una previa inversión del comprador en información.

En este modelo, BORDEN⁷⁷ entiende que necesariamente el deber de información veraz ha de ser lo mínimo (lo que llama regla de *a buen entendedor pocas palabras bastan*, a *Word to the Wise rule*), para preservar los incentivos del comprador para invertir en una información socialmente útil, regla que sería la adecuada por los siguientes motivos: a diferencia del modelo estándar o unilateral, el comprador mantiene el beneficio por la operación; una pequeña revelación no transmite suficiente información como para afectar al precio y así reducir parte del incentivo del comprador porque el beneficio esperado de su inversión en información sea menor; al preservarse los incentivos del comprador a invertir en información, también quedan preservados los beneficios sociales derivados de la inversión del comprador en información; y el comprador transmite alguna información al vendedor que, en vez de afectar al precio de venta, podría inducir al vendedor a invertir más en información⁷⁸. Aquí, la utilidad de la regla de la *deshonestidad óptima* es bastante menor: la necesidad de mentir se reduce significativamente, al tener el comprador menos que perder por una

⁷⁶ Es decir, que varíe su valor como resultado de las aportaciones sobre el mismo.

⁷⁷ Cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 689, 691-693 y 702-704.

⁷⁸ Esa inversión puede llevar al vendedor a no descubrir la información privada especial del comprador y finalmente venderle el bien, lo que implicaría una sobreinversión malgastada y por tanto una pérdida social, pero mucho menor que la ganancia social derivada de la transferencia del bien a la parte que más valor le va a dar y que el incentivo positivo al comprador a invertir en información socialmente útil; o bien (poco probable) que rechace vender el bien al comprador, determinado a descubrir su secreto, lo que se traduciría en una búsqueda duplicada ineficiente y una significativa pérdida social al eliminarse la posibilidad de alcanzar el uso más valioso del bien, al igual que se privaría al comprador de recuperar su inversión en información, lo que reduce los incentivos de los compradores a invertir en información socialmente útil; o finalmente el vendedor invierte más en información y descubre el uso más valioso del bien, en cuyo caso se libera el valor social de la inversión de ambas partes pero al doble coste de la inversión duplicada en información y la pérdida de incentivo del comprador a invertir en la información que le llevó en primer lugar a provocar la investigación del vendedor, si bien al ser esta tercera posibilidad altamente improbable la pérdida de eficiencia puede ser obviada. Cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 692-693.

pequeña divulgación de su información, por cuanto que el vendedor, que ya ha examinado y explotado totalmente su bien hasta el máximo de su capacidad y ha invertido fuertemente en desarrollarlo, no irá muy lejos en la averiguación del uso especial que le pueda dar el comprador, de modo que no hay peligro (o es mínimo) de que pueda adivinar ese uso especial (que es su *secreto profundo*). Por tanto, en un modelo de entradas informacionales bilaterales la regla de *a buen entendedor...* puede ser tan eficiente como la de la *deshonestidad óptima*, porque protege el incentivo del comprador a invertir en información socialmente útil y fomenta el movimiento del bien de un usuario de menor valor a otro de mayor valor, e incluso de hecho puede ser más eficiente, si se tienen en cuenta las ineficiencias en la economía que crea una regla que permite errores provocados dolosamente⁷⁹.

2. LEGISLACIÓN ACTUAL

A) EL DERECHO ESPAÑOL

a) *Los deberes de información precontractual en general*

En el caso de que se llegue a celebrar el contrato y el profesional no hubiera cumplido los deberes de información precontractual, el Derecho español no contempla una solución general (aunque sí soluciones aisladas para determinados supuestos, como en el caso de los contratos con consumidores), ante lo cual BASOZÁBAL⁸⁰ considera que debería ser el propio protegido quien decida

⁷⁹ Sobre la igual eficiencia desde un punto de vista económico (o sólo algo menor, dependiendo del comportamiento del vendedor), de la regla *a buen entendedor...* respecto de la de la *deshonestidad óptima*, cfr. BORDEN, «Mistake and Disclosure...», *op. cit.*, págs. 694-696 y 704-705. Como indica este autor, el primer modelo llevaría a la esfera de un monopolio cuasi bilateral en la fijación del precio, que no sería así un precio de mercado.

⁸⁰ Cfr. BASOZÁBAL, «En torno a las obligaciones...», *op. cit.*, pág. 709. Para PANTALEÓN (en «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 920-924) sería admisible que el perjudicado pueda optar por pedir la indemnización del interés de confianza cuando le resulte difícil probar el importe de su interés en el cumplimiento, si bien finalmente distingue entre: 1) la infracción del deber de información constitutiva de dolo o que haya provocado un error a la otra parte, que opta por anular el contrato, en cuyo caso debería indemnizarse el interés negativo, y no el interés en el cumplimiento, salvo que la falsa representación generada en la otra parte por el dolo pudiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo; 2) el mismo caso pero si la parte que sufre el error o dolo opta por confirmar el contrato o pierde por caducidad la facultad de anularlo, y 3) los casos en que la infracción del deber de información no constituye dolo ni provoca un error que permita a la otra parte la anulación del contrato, siendo procedente en estos dos últimos supuestos la indemnización del interés negativo, y sin que el interés en el cumplimiento deba determinar el límite máximo de la indemnización. Por ello, critica (*ibid.*, págs. 926-927) el que el artículo II-3:109.2-3

cuál es el interés que prefiere proteger: si apostar por el contrato o desligarse de él, produciéndose en el primer caso una integración judicial del contrato que tenga en cuenta la información ignorada, lo que supone un modelo hipotético de contrato equitativo (el que se hubiera celebrado de no haberse producido la falta o defecto de la información precontractual)⁸¹ e implica una solución propia de la esfera del incumplimiento contractual, que en la mayoría de las ocasiones se traducirá en una reducción del precio pagado por la prestación; mientras que en el segundo caso se podría reclamar la satisfacción tanto del interés en no haber contratado de haber conocido las circunstancias realmente concurrentes, a través de la acción de nulidad o la rescisoria, como el interés positivo, a través del ejercicio de la resolutoria.

b) *Los deberes en los contratos de consumo: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*

Aunque, como hemos visto, puede considerarse existente un deber genérico de informar en todos los contratos, y en algún sector contractual se establezca específicamente⁸², es en los contratos de consumo donde tiene tal deber un papel destacado.

DCFR, como veremos, equipare el incumplimiento de los deberes precontractuales con la incorporación al contrato de las obligaciones contractuales razonablemente esperadas por la otra parte, y la solución que da a la concurrencia entre los remedios de las responsabilidades contractual y precontractual (responsabilidad extracontractual salvo que procediera la contractual por incumplimiento), en vez de dejar libertad de opción al perjudicado.

⁸¹ Como contempla el artículo 65 TRLGDCU, al que nos referiremos más adelante en el texto, o el artículo 1.301 *in fine* de la Propuesta de la Comisión General de Codificación, respecto del aprovechamiento injusto por una parte de la ignorancia, inexperiencia o falta de previsión de la otra, y que establece que ésta podrá pedir al juez la introducción en el contrato de las modificaciones necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico.

⁸² Así, el artículo 10 LCS establece el deber del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo; el artículo 13 de la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles determina que la publicidad relativa al precio de los bienes deberá expresar el precio de adquisición al contado y el precio total a plazos, y si se hubiera estipulado un tipo de interés variable, se fijará el precio estimado total según el tipo vigente en el momento de la celebración del contrato, haciendo constar expresamente que se ha calculado así, y que en la publicidad y en los anuncios y ofertas exhibidos en locales comerciales en que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato deberá, en todo caso, indicarse el tipo de interés y la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo; y el artículo 21.3 de la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones impone el deber de informar de los vínculos urbanísticos que afecten a los inmuebles vendidos. El artículo 4.II de la Ley General de Publicidad (hasta su reforma por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre) también consideraba engañosa (y por tanto ilícita) la que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o

Este derecho básico del consumidor se desarrolló en su dimensión genérica (no necesariamente contractual⁸³) en el Capítulo IV de la Ley de consumidores, y en tal sentido el artículo 13 establecía, como un derecho del consumidor y un deber del empresario, que la información se incorpore a los propios bienes, productos o servicios⁸⁴. Actualmente, esta idea se ha retomado por el artículo 18.2 TRLGDCU⁸⁵, si bien éste se centra excesivamente en el etiquetado y presentación más que en la información propiamente dicha, lo que ha merecido críticas de la doctrina⁸⁶. A ese deber de información del empresario (o más bien el derecho del consumidor a recibirla) sí se refiere el artículo 17.1 TRLGDCU⁸⁷, pero lo hace parcialmente, pues no se establece desde el punto de vista del deber (o del derecho) en sí mismo, sino respecto del control de su efectividad por parte de los poderes públicos.

Los aspectos sobre los que debe versar la información a proporcionar al consumidor, conforme al artículo 18.2 TRLGDCU, son:

- a) Nombre y dirección completa del productor.
- b) Naturaleza, composición y finalidad.
- c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.
- d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.
- e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

El que esa enumeración sea «en particular» (o, como decía más gráficamente la LGDCU, «al menos») sobre esos aspectos implica que sea una lista de espec-

servicios e induzca así a error a los destinatarios, pero esta referencia a la publicidad engañosa por omisión ha desaparecido en la redacción vigente.

⁸³ Ya que, por ejemplo, hace referencia a las características del producto o la identidad del productor, que no tiene por qué ser contratante.

⁸⁴ Dicho artículo 13 señala que «los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales (...)».

⁸⁵ «Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales (...)».

⁸⁶ Cfr. LASARTE, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, págs. 105-106.

⁸⁷ «Los poderes públicos (...) asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado».

tos mínimos a recoger en la información que debe proporcionarse al consumidor, sin que constituya un *numerus clausus* y que además ha de adaptarse en cada caso a las características del producto o servicio contemplado⁸⁸, en especial en función de «las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente»⁸⁹. Además, como se trata de una información que permitirá al consumidor formar

⁸⁸ Cfr. LASARTE, «Manual sobre protección de consumidores y usuarios», *op. cit.*, pág. 107.

⁸⁹ Así, pueden citarse los siguientes reglamentos: Decreto 2807/1972, de 15 de septiembre, sobre publicidad y marcado en la venta al público de artículos al por menor; Real Decreto 928/1987, de 5 de junio, relativo al etiquetado de composición de los productos textiles, modificado por el Real Decreto 396/1990, de 16 de marzo, y el Real Decreto 1748/1998, de 31 de julio; Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios, modificado por el Real Decreto 1182/1989, de 20 de septiembre; sendas OOMM de 15 de febrero de 1990, por la que se establece la normativa para el etiquetado informativo de los guantes, y por la que se establece la normativa para el etiquetado informativo de los artículos de marroquinería, viajes y guarnicionería; Real Decreto 930/1992, de 17 de julio, por el que se aprueba la norma de etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios; Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio, por el que se aprueba el reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de productos peligrosos, modificado por el Real Decreto 3363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 1425/1998, de 3 de julio; Real Decreto 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano; Real Decreto 124/1994, de 28 de enero, que regula el etiquetado y la información referente al consumo de energía y de otros recursos de los aparatos de uso doméstico; Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, modificado por el Real Decreto 700/1998, de 14 de abril, el Real Decreto 507/2001, de 11 de mayo, y el Real Decreto 99/2003, de 24 de enero; Real Decreto 1718/1995, de 27 de octubre, por el que se regula el etiquetado de los materiales utilizados en los componentes principales del calzado; Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos; Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, modificado por el Real Decreto 238/2000, de 18 de febrero; Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios; Real Decreto 1074/2002, de 18 de octubre, por el que se regula el proceso de elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasadas, modificado por el Real Decreto 1744/2003, de 19 de diciembre; Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos; y Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Además, han de tenerse en cuenta la existencia de Reglamentos europeos, relativos especialmente a productos agrícolas y alimenticios: 2092/1991/CEE, de 24 de junio, sobre la producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios, modificado por el 426/2001/CE, de 2 de marzo; 2081/1992/CEE, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, modificado por el 1068/1997/CE; 2082/1992/CEE, de 14 de julio, relativo a la certificación de las características de los productos agrícolas y alimenticios; 1139/1998/CE, de 26 de mayo, relativo a la indicación obligatoria en el etiquetado de determinados productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente, de información distinta a la prevista en la Directiva 79/112/CEE, modificado por el 49/2000/CE, de 10 de enero; y 1980/2000/CE, de 17 de julio, relativo a un sistema comunitario revisado de concepción de etiqueta ecológica.

libremente su voluntad contractual, ha de producirse antes de la formación del contrato e incluso antes de toda negociación contractual individual, desde que se produce la circunstancia contemplada por el artículo 18.2 TRLGDCU: que los bienes y servicios sean puestos a disposición de los consumidores, a través de una oferta al público o al consumidor individual. No obstante, en caso de tratarse de relaciones contractuales a largo plazo o de productos o servicios duraderos, ha de entenderse que la información habrá de prolongarse o actualizarse más allá de la celebración del contrato, adaptándose a esa perdurabilidad⁹⁰.

Específicamente en relación con los riesgos previsibles derivados de la utilización de los bienes y servicios, el derecho a la información se contempla también en el artículo 12 TRLGDCU: los empresarios deberán ponerlos en conocimiento del consumidor *por medios apropiados*, en especial respecto de la manipulación de los productos químicos o que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas.

La contemplación específica de la información en el ámbito contractual (ya no como un derecho abstracto genérico) se realiza en el artículo 60 TRLGDCU, estableciéndose en el mismo la obligación del empresario de poner a disposición del consumidor, gratuitamente y de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, especialmente sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios que constituyen su objeto. Respecto a qué constituye información relevante, se determina que será tanto, con carácter general, la establecida en el propio TRLGDCU respecto de los bienes o servicios, como la referente a una serie de datos que detalla el precepto⁹¹. Es importante tener en cuenta que, conforme al artículo 65 TRLGDCU, en los supuestos de omisión de información precontractual relevante, la misma se considerará integrada en beneficio del consumidor conforme al principio de buena fe objetiva.

Complementariamente se establece en el artículo 61 TRLGDCU (que recoge el antiguo artículo 8 LGDCU, que a su vez retomaba lo que ya disponía

⁹⁰ Cfr. LASARTE, «Manual sobre protección de consumidores y usuarios», *op. cit.*, págs. 108-109.

⁹¹ Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa; precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso (debiéndose informar en todo caso del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos aplicables, de los gastos repercutidos al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares); fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; procedimiento para que el consumidor pueda poner fin al contrato; garantías ofrecidas; lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, en caso de ser distintas de la de la información previa a la contratación; existencia, plazo y forma de ejercicio del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor; y dirección completa para quejas y reclamaciones del consumidor o usuario y, en su caso, información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos.

la jurisprudencia desde los años setenta⁹²) la integración del contenido de la publicidad en el contrato: al margen de la posible naturaleza engañosa de la publicidad, que determinaría su ilicitud conforme a la Ley General de Publicidad, se establece el carácter vinculante del contenido de la oferta, promoción o publicidad, que pasa a formar parte del contrato posterior, aun cuando no se indique expresamente en él, y prevalece sobre las cláusulas del mismo, salvo que éstas sean más beneficiosas.

Sobre la publicidad engañosa, la Ley General de Publicidad establece, además de su calificación como acto de competencia desleal, su conceptualización como publicidad ilícita [art. 3.e)], contra la que se puede actuar a través de las acciones que para la competencia desleal contempla la Ley de tal materia (art. 6.1)⁹³.

Además de esa información, específicamente en relación con los *contratos celebrados a distancia*, el artículo 97 TRLGDCU (junto con el art. 40 LOCM, con el que se solapa con similar contenido) establece el deber del empresario, previamente al inicio del procedimiento de contratación y con antelación necesaria, de suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, una información complementaria⁹⁴, de modo claro e inequívoco, y manifestando su finalidad comercial (en esa línea, también el art. 39.1 LOCM⁹⁵), mediante

⁹² Así, la STS de 14 de junio de 1976: la publicidad integra la oferta y es aceptada con la aceptación de ésta, por lo que vincula al vendedor. La STS de 23 de mayo de 2003, ya bajo la vigencia de la LGDCU, contempla la integración contractual de la publicidad como consecuencia del principio de buena fe y la doctrina de los propios actos. También pueden citarse, entre otras muchas, las SSTs de 21 de julio de 1993 y 8 de noviembre de 1996.

⁹³ Sobre la publicidad engañosa y confusionalista, cfr. por todos TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, «Algunos supuestos de publicidad engañosa: revisión crítica a la luz de la jurisprudencia y de las nuevas Directivas 2005/29, de 11 de mayo de 2005, Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, y de 12 de diciembre de 2006, Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa», en *RCDI*, núm. 717, 2010, págs. 337-350; y «Consideraciones en torno a la publicidad confusionalista a la luz de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios», en *RCDI*, núm. 721, 2010, págs. 2433-2447.

⁹⁴ Relativa al coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica, las características esenciales del bien o servicio, los gastos de entrega y transporte en su caso, el plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento; la duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida; las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad; la forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución; y la indicación, en su caso, de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

⁹⁵ No obstante, éste es más detallado: «En todas las propuestas de contratación deberá constar inequívocamente que se trata de una oferta comercial. Concretamente, en el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el comprador, la identidad del vendedor y la finalidad comercial de la llamada». Con ello se busca destacar su carácter de oferta contractual, no de mera publicidad genérica o incitación a contratar, a fin de que su aceptación determine la perfección del contrato.

cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y respetando el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

Dicha información, de acuerdo con el artículo 98, deberá ser confirmada, antes de la ejecución del contrato, por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada (salvo oposición expresa del consumidor), indicándose asimismo la dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones, los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y a las garantías existentes, y las condiciones para la denuncia del contrato, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año. Se exceptúan los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez, cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación, aunque el consumidor deberá en todo caso conocer la dirección geográfica del establecimiento del empresario donde pueda presentar sus reclamaciones.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 93.2 TRLGDCU (38.4 LOCM), existen una serie de contratos a los que no resultará de aplicación esa especialidad en la aportación de información y su confirmación: los de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros productos del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor y usuario, en su residencia o en su lugar de trabajo por empresarios que realicen visitas frecuentes y regulares; y los de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa al celebrarse el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto.

Otro supuesto especial es el de los *contratos de viaje combinado*, en los que por el artículo 152 TRLGDCU (antiguo art. 3 de la Ley de Viajes Combinados) se establece la obligación del detallista o del organizador de poner a disposición de los consumidores un programa o folleto informativo escrito que recoja la oferta sobre el viaje y una clara, comprensible y precisa información sobre determinados aspectos del mismo⁹⁶. Este folleto será vinculante para el

⁹⁶ Destinos y medios de transporte, y sus características y clase; duración, itinerario y calendario de viaje; relación de establecimientos de alojamiento, y su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística oficial donde ésta exista; número de comidas a servir y si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas; condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia; precio final completo del viaje, incluidos impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas, y en el caso de gastos adicionales por servicios incluidos en el viaje que deba asumir el consumidor y no se abonen al organizador o detallista,

organizador y el detallista del viaje, salvo que concurren alguna de las excepciones que recoge el artículo 153: que los cambios en la información se hayan comunicado claramente por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato y tal posibilidad haya sido objeto de expresa mención en el programa-oferta, o que se produzcan posteriormente modificaciones, previo acuerdo por escrito entre las partes contratantes.

Respecto de la *compraventa de viviendas*, el artículo 64 TRLGDCU establece la necesidad de facilitar la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica aplicable, remisión que se explica porque aquella ya procedió a recoger en el Libro del Edificio la «documentación completa suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo» a que se refería el artículo 13.2 LGDCU.

Además, es de aplicación el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas, aplicable a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores y con la excepción de las ventas mediante subasta pública, judicial o administrativa (art. 1), y se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido (art. 2), y conforme a los principios de veracidad y claridad, pues se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma, siendo exigibles los datos que se contengan aunque luego no figuren expresamente en el contrato (art. 3). Se recogen una serie de informaciones mínimas, similares a las que deben proporcionarse en otros ámbitos, que deberán estar a disposición del público y en su caso de las autoridades competentes⁹⁷ (art. 4), y otras específicas que deberán incluirse en las

información sobre su existencia y, si se conoce, su importe; importe o porcentaje del precio a pagar en concepto de anticipo sobre el precio total y calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, y condiciones de financiación en su caso; número mínimo de inscripciones para la realización del viaje, en su caso, y fecha límite de información al consumidor en caso de anulación; posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje; nombre y domicilio del organizador del viaje y, en su caso, de su representación legal en España; y toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

⁹⁷ Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el registro mercantil, del vendedor o arrendador; plano general del emplazamiento de la vivienda y plano de la vivienda misma, así como descripción y trazado de las redes eléctrica, de agua, gas y calefacción y garantías de las mismas, y de las medidas de seguridad contra incendios

promociones de viviendas⁹⁸ (art. 5), haciéndose especial hincapié en el precio de venta, respecto del que deberá tenerse disponible una nota explicativa⁹⁹, donde se hará constar que del importe total de la venta se deducirá cualquier cantidad entregada a cuenta por el adquirente o por su cuenta antes de la formalización de la operación (art. 6). En el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada, se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta según la Ley 57/1968, de 27 de julio (art. 7). En los folletos o documentos similares que se entreguen se harán constar siempre,

con que cuente el inmueble; descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios; referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios; instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia; datos identificadores de la inscripción del inmueble en el registro de la propiedad o expresión de no hallarse inscrito en el mismo; y precio total o renta de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago.

⁹⁸ Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios; estatutos y normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios, en su caso, así como información de los contratos de servicios y suministros de la comunidad, y si la comunidad de propietarios ya está funcionando se facilitará un extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda objeto de la venta; información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda; forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor, los artículos 1280.1 y 1279 del Código Civil y el derecho a la elección de notario que corresponde al consumidor, sin que éste pueda imponer notario que, por su competencia territorial carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio; si la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encontraran totalmente edificados, se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación; y cuando se trate de primera transmisión se indicará el nombre y domicilio del arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor.

⁹⁹ Con el siguiente contenido: precio total de la venta, que se entenderá que incluye, en su caso, los honorarios de agente y el IVA, si la venta se halla sujeta a este impuesto, o bien se indicará la cuota que corresponda por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados; forma de pago, indicándose en caso de preverse aplazamientos el tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros; medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas; si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad respecto de la correspondiente escritura el notario autorizante, fecha y datos de su inscripción en el registro de la propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades; y garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte de él aplazado.

al menos, los datos sobre ubicación y los contenidos en los números 1, 3, 4, 6 y 7 del artículo 4 y los de los artículos 6 y 7, con indicación del período de validez que tienen las menciones expresadas, así como los lugares en los que se encuentra a disposición del público dicha información (art. 8).

En relación con los *contratos electrónicos*, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico contiene en sus artículos 10 y 27 previsiones sobre la información a facilitar previamente a la contratación, si bien sólo la del último precepto es propiamente precontractual. En concreto, el artículo 10 establece una información general que el prestador de servicios deberá facilitar sobre él y su operativa¹⁰⁰, que deberá ser accesible por medios electrónicos y de forma permanente, fácil, directa y gratuita, tanto a los destinatarios como a los órganos competentes, bastando con su inclusión en su página o sitio de Internet.

El artículo 27 contiene una serie de obligaciones previas a facilitar por el prestador de servicios antes del inicio del procedimiento de contratación electrónica, de manera clara, comprensible e inequívoca¹⁰¹, salvo que los contratantes acuerden excluir esta información y ninguno de ellos sea consumidor, o bien el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación electrónica equivalente, y estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación. Asimismo, también con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

En lo referente a la realización de *contratos a distancia de servicios financieros*, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia

¹⁰⁰ La información relativa a su nombre o denominación social y su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva; los datos de la inscripción registral del nombre de dominio; si su actividad estuviese sujeta a autorización administrativa previa, los datos de la misma y los del órgano supervisor; si ejerce una profesión regulada, los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado, título académico oficial o profesional y Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento, y normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos; número de identificación fiscal que le corresponda; información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío; y códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y modo de consulta electrónica.

¹⁰¹ Trámites para la celebración del contrato, si el prestador archivará el documento electrónico en que se formalice el contrato y si va a ser accesible, medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

de servicios financieros destinados a los consumidores, establece el deber del proveedor del servicio financiero de suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que éste asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato a distancia, al menos cierta información relativa al propio proveedor, al servicio financiero, al contrato a distancia y a los medios de reclamación e indemnización, indicando su finalidad comercial en todo suministro de dicha información y sometién dose a normas específicas en caso de comunicación a través de telefonía vocal (art. 7)¹⁰², además de los posibles requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial que sea aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia (art. 8). Los aspectos formales de la comunicación de esa información se contemplan en el artículo 9. La carga de la prueba de haber cumplido estas obligaciones le corresponde al proveedor (art. 17).

En materia de *crédito al consumo*, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo establece, con las excepciones contempladas en su artículo 13 (proveedores de bienes o servicios que sólo actúen como intermediarios de crédito a título subsidiario), en el artículo 8 el deber de entregar una oferta vinculante al consumidor que lo solicite, el artículo 9 la información básica que deberá figurar en la publicidad¹⁰³ y el artículo 10 la información que habrá de darse con carácter previo al consumidor¹⁰⁴.

¹⁰² No obstante, en el caso de servicios de pago la información aplicable no será la recogida en el artículo 7.1 [excepto el párr. 2, aptdos. c) a g); párr. 3, aptdos. a), b) y e) y párr. 4, aptdo. b)], sino la que se fije por el ministro de Economía en desarrollo de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (art. 18 de la Ley 16/2009, por remisión del 2.º párr. del art. 8 de la Ley 22/2007).

¹⁰³ En concreto, el tipo deudor fijo o variable y los recargos incluidos en el coste total del crédito para el consumidor; el importe total del crédito; la tasa anual equivalente, salvo en el caso de los contratos en los que el crédito se conceda en forma de posibilidad de descubierto y que deban reembolsarse previa petición o en el plazo de tres meses; en su caso, la duración del contrato de crédito; en el caso de los créditos en forma de pago aplazado de un bien o servicio en particular, el precio al contado y el importe de los posibles anticipos; y, en su caso, el importe total adeudado por el consumidor y el importe de los pagos a plazos. Esta información básica deberá publicarse con una letra legible y con un coste de impresión adecuado. Si se condicionara la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas a la celebración de un contrato de un servicio accesorio vinculado con el contrato de crédito, en particular un seguro, y el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano, deberá mencionarse de forma clara, concisa y destacada, junto con la tasa anual equivalente.

¹⁰⁴ Dicha información será la precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito, y en cualquier caso el tipo de crédito, la identidad y el domicilio social del prestamista, y en su caso los del intermediario del crédito; el importe total del crédito y las condiciones que rigen la disposición de fondos; la duración del contrato de crédito; en caso de créditos en forma de pago diferido por un bien o servicio y de contratos de crédito vinculados, el producto o servicio y su precio al contado; el tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor, y en caso de haber diferentes tipos deudores en

En materia de *derechos de aprovechamiento por turno* de bienes inmuebles de uso turístico, la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (que trae causa del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que a su vez vino a sustituir a la anterior Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que no se integró en el TRLGDCU), establece en su artículo 7 que en los anuncios y ofertas exhibidos en los establecimientos abiertos al público, comunicaciones comerciales y demás publicidad sobre contratos de adquisición, reventa o intercambio de

diferentes circunstancias, la información será respecto de todos los tipos aplicables; la tasa anual equivalente y el importe total adeudado por el consumidor, con un ejemplo representativo que incluya todas las hipótesis utilizadas para calcular dicha tasa, y si el consumidor hubiera informado al prestamista sobre uno o más componentes de su crédito preferido, el prestamista deberá tenerlos en cuenta [además, si el contrato de crédito prevé diferentes formas de disposición de fondos con diferentes tasas o tipos de préstamo, y el prestamista se acoge al supuesto contemplado en la parte II, letra b), del anexo I, deberá indicar que, para ese tipo de contrato de crédito, la tasa anual equivalente podría ser más elevada con otros mecanismos de disposición de fondos]; el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y en su caso el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso; en su caso, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas, si fuera necesario para registrar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, salvo que la apertura de la cuenta sea facultativa, los gastos relativos a la utilización de un medio de pago que permita efectuar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, así como cualquier gasto derivado del contrato de crédito y las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse; en su caso, la existencia de costes adeudados al notario por el consumidor al suscribir el contrato de crédito; los servicios accesorios al contrato de crédito, en particular de seguro, cuando la obtención del crédito o su obtención en las condiciones ofrecidas estén condicionadas a la suscripción del servicio accesorio, y las condiciones que alternativamente se aplicarían al contrato de crédito al consumo si no se contrataran los servicios accesorios y, en particular, pólizas de seguros; el tipo de interés de demora, modalidades para su adaptación y, cuando procedan, los gastos por impago; una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago; cuando proceda, las garantías exigidas; la existencia o ausencia de derecho de desistimiento; el derecho de reembolso anticipado y, en su caso, información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación; el derecho del consumidor a ser informado inmediata y gratuitamente del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia; el derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo que en el momento de la solicitud el prestamista no esté dispuesto a celebrar el contrato de crédito con el consumidor; en su caso, el período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual; y en los contratos de crédito en que los pagos efectuados por el consumidor sirvan para reconstituir el capital en las condiciones y los períodos establecidos en el contrato de crédito o en un contrato accesorio, una declaración clara y concisa de que tales contratos no prevén una garantía de reembolso del importe total del crédito dispuesto, salvo que se conceda dicha garantía. Se contempla también la entrega de determinada documentación según los casos.

derechos de aprovechamiento por turno se deberá indicar dónde puede obtenerse la información precontractual prevista en dicha norma; y en toda invitación a actos promocionales o de venta en que se ofrezca a un consumidor directamente alguno de estos contratos, deberá indicarse claramente la finalidad comercial y la naturaleza de dicho acto, estando la información precontractual a disposición del consumidor en todo momento durante el acto promocional.

La información precontractual (que, conforme al art. 8, habrá de constar en papel o en cualquier otro soporte duradero) se contempla en el artículo 9: será precisa y suficiente, y el empresario deberá proporcionarla gratuitamente al consumidor con suficiente antelación a su prestación del consentimiento a cualquier oferta, de forma clara y comprensible, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el consumidor o del que este sea nacional, a su elección, siempre que se trate de una lengua oficial de la Unión Europea, y en papel o en cualquier otro soporte duradero¹⁰⁵. Se facilitará del siguiente modo:

- a) Cuando se trate de un contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, mediante el formulario de información normalizado del anexo I de la Ley y la información prevista en su parte 3.
- b) Cuando se trate de un contrato de producto vacacional de larga duración, mediante el formulario de información normalizado del anexo II y la información prevista en su parte 3.
- c) Cuando se trate de un contrato de reventa, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo III y la información prevista en su parte 3.
- d) Cuando se trate de un contrato de intercambio, mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo IV y la información prevista en su parte 3.

Asimismo, conforme al artículo 10, antes de la celebración del contrato el empresario deberá poner explícitamente en conocimiento del consumidor la existencia del derecho de desistimiento y la duración del plazo para ejercerlo, así como la prohibición del pago de anticipos durante dicho plazo.

Finalmente, respecto de la *prestación de servicios*, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio,

¹⁰⁵ El artículo 9.4 establece que el empresario podrá publicar íntegramente la información precontractual en la página web de la empresa, o en la página web de una asociación profesional o empresarial de su elección, siendo responsable de su permanente actualización y debiendo mantener operativa dicha página mientras dure la comercialización de los derechos objeto de esta información. No obstante, no queda claro, dada su diferente expresión (la información *será facilitada* en papel o soporte duradero, pero *podrá publicarla* en la página web) si la publicación en la página web sustituiría o sólo complementaría la información en papel.

establece unas obligaciones de información de los prestadores, complementarias de las generales de la legislación de consumo (art. 22)¹⁰⁶.

B) EL VIGENTE DERECHO EUROPEO

Diversas directivas europeas de carácter sectorial recogen deberes de información precontractual, como la 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (art. 4), recogida en nuestra Ley 4/2012, pero con un carácter de aplicación

¹⁰⁶ En concreto, de forma clara e inequívoca y fácilmente accesible, antes de la celebración del contrato o en su caso de la prestación del servicio, los prestadores deberán proporcionar los datos de identidad, forma y régimen jurídico, número de identificación fiscal del prestador, dirección donde tiene su establecimiento, y los datos que permitan ponerse rápidamente en contacto con él y en su caso, por vía electrónica; datos registrales del prestador del servicio; datos de la autoridad que, en su caso, haya otorgado la autorización; en las profesiones reguladas, la cualificación profesional y el Estado miembro en el que fue otorgada, así como en su caso el colegio profesional, la asociación profesional u organismo análogo en el que esté inscrito el prestador; las condiciones y cláusulas generales, y las relativas a la legislación y jurisdicción aplicable al contrato; garantías posventa adicionales a las exigidas por ley, en su caso; el precio completo del servicio, incluidos los impuestos, cuando el prestador fije previamente un precio para un determinado tipo de servicio; las principales características del servicio o servicios que ofrezca; en su caso, el seguro o garantías exigidas, y en particular, los datos del asegurador y de la cobertura geográfica del seguro; en caso de que el prestador ejerza una actividad sujeta al IVA, el número de identificación fiscal [observemos que este dato ya se había mencionado anteriormente]; la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación; existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor, y plazo y forma de ejercitarlo. Además, a petición del destinatario: cuando el precio no lo fije previamente el prestador, el precio del servicio o, si no se puede indicar aquél, el método para calcularlo, o un presupuesto suficientemente detallado; fecha de entrega, ejecución del contrato y duración; en el caso de las profesiones reguladas, referencia a las normas de acceso a la profesión en el Estado miembro de establecimiento y los medios para acceder a dichas normas; la información relativa a sus actividades multidisciplinarias, posibles conflictos de interés y las medidas adoptadas para evitarlos, que deberá figurar en todo documento informativo de los prestadores en el que se presenten de forma detallada sus servicios; los posibles códigos de conducta a que, en su caso, esté sometido el prestador, así como la dirección en que dichos códigos se pueden consultar por vía electrónica y en qué idiomas están disponibles; y la información detallada sobre las características y condiciones para hacer uso de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos cuando estén sujetos a un código de conducta o sean miembros de alguna organización profesional en los que se prevean estos mecanismos. La puesta a disposición de esta información se realizará en el lugar de prestación del servicio o de celebración del contrato, por vía electrónica a través de una dirección facilitada por el prestador, figurando en todo documento informativo del prestador que se facilite al destinatario y en el que se presenten de forma detallada sus servicios, o por vía electrónica a través de una página web.

general podemos mencionar principalmente las relativas a los contratos a distancia y de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y las que establecen variaciones sobre estos contratos (financieros, electrónicos, de servicios...), siendo en su mayor parte asumidas por la reciente Directiva sobre los derechos de los consumidores.

La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia contempla la necesidad de dar al consumidor cierta información previa a la celebración de un contrato a distancia (art. 4), que habrá de confirmarse por escrito o cualquier otro soporte duradero (art. 5), y en menor medida la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, que en su artículo 4 contempla la información sobre el derecho de renuncia. Ello se recoge en los artículos 60 y 97 y 98 (con las excepciones del art. 93.2) TRLGDCU, a cuyo contenido, que ya hemos visto, nos remitimos.

La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, reitera y desarrolla las disposiciones de la anterior, imponiendo la obligación de dar al consumidor ciertas informaciones previas a la celebración del contrato, en sus artículos 3, 4 y 5. Nos remitimos a lo indicado respecto de la Ley 22/2007.

En la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), se establece una información general que ha de estar accesible a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes (art. 5) y en especial respecto de las comunicaciones comerciales (art. 6) y contratos por vía electrónica (art. 10). Nos remitimos a lo anteriormente indicado sobre la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que la transpone al Derecho español.

Asimismo, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior establece los prestadores deberán dar al destinatario cierta información (art. 22). Nos remitimos igualmente a lo ya mencionado respecto de la Ley 22/2007.

Finalmente, las mencionadas disposiciones generales sobre información precontractual se han recogido en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y

del Consejo. La nueva Directiva sustituirá a las referidas a contratos a distancia y fuera de los establecimientos comerciales a partir del 13 de junio de 2014 (art. 31), pasando a recogerse los requisitos de información (precontractual) de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento en sus artículos 6 a 8, y en su artículo 5 los de contratos distintos. En cambio, los deberes de información de las Directivas sobre servicios y sobre el comercio electrónico se mantienen, complementándose, al igual que los requisitos de información adicionales que puedan imponer los Derechos nacionales a los prestadores de servicios establecidos en su territorio (art. 6.8).

3. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009, no contempla esta cuestión con un carácter general, conteniendo únicamente —al margen de la previsión genérica de que «en la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe» (art. 1245.2)— unas regulaciones específicas en torno a los contratos a distancia con consumidores y para los contratos electrónicos.

En relación con los primeros¹⁰⁷, además de que —antes incluso de cualquier contacto contractual— en todas las ofertas de contratación haya de constar inequívocamente este carácter y en las comunicaciones telefónicas deba igualmente precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el consumidor, la identidad del profesional y la finalidad contractual de la llamada, el artículo 1267 establece el deber del profesional de facilitar al consumidor, antes de la celebración del contrato y con suficiente antelación, información clara sobre ciertos extremos¹⁰⁸, debiendo nuevamente constar de modo inequívoco su

¹⁰⁷ No obstante, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 1267.2, quedan fuera de la normativa especial sobre contratos a distancia con consumidores ciertos contratos: los celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, mediante subasta (excepto por vía electrónica), sobre servicios financieros, con operadores de telecomunicaciones mediante la utilización de teléfonos públicos, o que tengan por objeto la construcción de bienes inmuebles.

¹⁰⁸ En concreto: su identidad y dirección, características esenciales del bien o servicio; precio, incluidos todos los impuestos, gastos de entrega y transporte en su caso, modalidades del pago y de entrega o ejecución, existencia de derecho de desistimiento, coste de la comunicación a distancia, plazo de vigencia de la oferta y del precio, duración mínima del contrato si es de ejecución permanente o repetida, y procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de que el profesional disponga o que esté adherido. Como podemos apreciar, su contenido coincide sustancialmente con lo actualmente dispuesto en el artículo 60 TRLGDCU.

finalidad contractual. No obstante, esta normativa quedará excluida, conforme establece el apartado 3, respecto de ciertos contratos¹⁰⁹.

Asimismo, para el momento de la entrega del bien o la prestación del servicio, el profesional deberá haber proporcionado al consumidor, por escrito o mediante un soporte duradero adecuado a la técnica empleada en la propuesta de contratación, esa información y además la referente a condiciones y modalidades de ejercicio del derecho de revocación, la dirección del establecimiento del profesional para reclamaciones, servicios postventa y garantías para el consumidor, y requisitos para poner fin al contrato si es de duración determinada o superior a un año¹¹⁰, con la excepción de los servicios ejecutados de una sola vez por una técnica de comunicación adecuada si el consumidor estuviera informado de la localización geográfica del empresario para efectuar eventuales reclamaciones¹¹¹.

Respecto de los *contratos electrónicos*, además de lo anterior en caso de que uno de los contratantes sea consumidor, el artículo 1.268.1 establece que, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, quien se valga de técnicas de comunicación electrónica para celebrar contratos a distancia deberá poner a disposición del destinatario, mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado y de modo permanente, fácil y gratuito, información clara sobre los trámites a seguir para celebrar el contrato, la lengua o lenguas a utilizar, los medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, la forma en que en su caso vaya a archivers el documento electrónico y aquella en que resulte accesible y las condiciones generales a que debe sujetarse el contrato de manera que pueda almacenarlas y reproducirlas, sometiéndose el inicio del cómputo del plazo de desistimiento hasta el cumplimiento de estos deberes de información¹¹².

Por otra parte, en línea con lo dispuesto en los trabajos de Derecho contractual europeo armonizado, se generaliza en el artículo 1276 la *contractualización* de las declaraciones precontractuales realizadas por profesionales en la publi-

¹⁰⁹ En concreto: contratos de suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor, en su residencia o lugar de trabajo por distribuidores a domicilio; y a los de servicios de alojamiento, transporte, comidas o esparcimiento cuando el empresario se comprometa al otorgarse el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha o periodo específico.

¹¹⁰ Como vemos, su contenido coincide sustancialmente con el actual artículo 98 TRLGDCU.

¹¹¹ Aquí la Propuesta contiene la errata de señalar que «lo dispuesto en el apartado 1 no será de aplicación (...)», cuando debería haberse dicho «en el párrafo anterior», excluyendo la aplicación del propio apartado 7, dado que no tendría sentido referirse al apartado 1 de este artículo 1267, ya que el mismo establece una definición de los contratos objeto de aplicación de la Sección 6.^a y no sería lógico excluirlo en este tipo de contratos, y además apoya esta interpretación el citado origen de este precepto en el actual artículo 98 TRLGDCU, que como vimos exceptúa los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez y cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación.

¹¹² Se recoge aquí el contenido del actual artículo 27 LSSICE.

cidad o actividades de promoción de un producto o servicio (al margen de que el destinatario sea o no un consumidor), declarándose que quedan insertadas¹¹³ en el contrato y tendrán valor vinculante, salvo que la otra parte conociera o debería haber conocido su incorrección. También quedan incluidas las declaraciones realizadas por terceros si resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos¹¹⁴.

Finalmente, podrá anularse el contrato posteriormente celebrado si la información comunicada por una parte a la otra provocara en ésta un error esencial de hecho o de derecho¹¹⁵, aquélla hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció, o el error fue común a ambos (art. 1298). En los dos primeros casos, si la actuación hubiera sido dolosa o no hubiera una razón que justificara la creencia del transmitente en la corrección de la información transmitida (según la diligencia que le sea exigible en su comprobación), habrá además un deber de indemnizar¹¹⁶, conforme al artículo 1245.5.

En Francia nos encontramos en el *Avant-Projet Catala* un deber similar de información precontractual entre los futuros contratantes, en los artículos 1110 y 1110-1 del *Code*¹¹⁷. El primero de ellos, como plasmación de la obligación de negociar conforme a la buena fe, impone el deber de transmitir a la contraparte las informaciones determinantes (entendiendo por tales especialmente las que tengan una relación directa y necesaria con el objeto o la causa del contrato),

¹¹³ ¿No sería más correcto «integradas»?

¹¹⁴ Como vemos, el precepto está claramente inspirado en el artículo II-9:102 DCFR, si bien a diferencia de éste no se contempla aquí específicamente su carácter imperativo cuando el destinatario de la información sea un consumidor, seguramente por considerarse implícito en la regulación de las condiciones generales abusivas.

¹¹⁵ Aquí entrarían tanto los supuestos de error como de dolo en la transmisión, dado que no se hace referencia a si el transmitente de la información era consciente o no de la inexactitud de la misma.

¹¹⁶ Cfr. MORALES, «¿Es posible construir...», *op. cit.*, págs. 418 y 419.

¹¹⁷ Artículo 1110: «Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat».

Artículo 1110-1: «Le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu».

pero sin que ello implique que ésta pueda desentenderse e incluso ser negligente, pues sólo se le protege en tanto esté en una imposibilidad de informarse por sí misma o bien había una confianza legítima en la otra parte, especialmente en razón de la naturaleza del contrato o de la calidad de las partes. Será esta parte quien deba probar que la otra parte conocía o debía conocer la información retenida, en tanto que quien tiene la información habrá de probar que cumplió su deber de comunicarla. El artículo 1110-1 establece la responsabilidad del contratante que no cumpla con este deber de información, no siendo precisa la existencia de una intención de engañar en ese incumplimiento.

4. LOS PRIMEROS PROYECTOS SOBRE EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS Y EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA

Es en los proyectos realizados en torno a un Derecho europeo de contratos, tanto los iniciales (PECL y Proyecto de Pavía) como el DCFR, donde por fin se intenta una regulación general de la información precontractual, superando la tradicional *consumerización* de esta materia, para abarcar tanto los contratos entre empresas y consumidores como los contratos celebrados entre empresas. No obstante, frente a la indistinción de la regulación de los proyectos iniciales, es en el DCFR —y sobre todo posteriormente en el Estudio de Viabilidad— donde se realiza un tratamiento más detallado de un régimen general pero diferenciado de la información precontractual, si bien con distinto alcance según se trate de contratos de empresas con consumidores o entre empresas.

4.1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS, LOS PRINCIPIOS DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE* Y EL PROYECTO DE PAVÍA

Los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* contemplan específicamente en su artículo 4:107 cuándo puede existir un deber precontractual de informar a la otra parte, desde el enfoque de la buena fe y por tanto de que su incumplimiento puede implicar un dolo omisivo, estableciéndose así la posibilidad de anular un contrato por la parte que consiente cuando «la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe», considerándose el silencio de la otra parte como doloso «si su objeto era engañar». La existencia de ese deber de informar se determinará considerando todas las circunstancias, y en especial —en la línea de los criterios que vimos anteriormente— si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia, el coste de obtener dicha información, si la otra parte podía razonablemente obtenerla por sí misma, y la importancia que aparentemente

tenía dicha información para ésta¹¹⁸. El problema de tratar estos deberes de información en relación con el dolo es que deja un tanto indeterminados los supuestos de omisión culposa de la información: atendiendo a esos criterios la falta de transmisión de la información podría considerarse dolosa, pero si no concurren ¿significaría que es irrelevante? No creemos que quepa llegar a esa conclusión, pero sí que la apreciación de la existencia de culpa deberá realizarse en función de las circunstancias del caso y conforme a los criterios generales.

También se contempla la relación entre la información proporcionada y el error: la información incorrecta que provoque un error en la otra parte, o el mantenerla en el error si la contraparte sabía o debía saber que existía de modo contrario a la buena fe, puede determinar la anulabilidad del contrato por la otra parte si sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes, salvo que el error sea inexcusable o la parte errada hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias (art. 4:103), y asimismo podrá exigir una indemnización de los daños y perjuicios sufridos, incluso aunque el error provocado no haya sido esencial, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que era correcta (art. 4:106)¹¹⁹.

A estos efectos, la información incorrecta podrá venir no sólo de las partes, sino también de los terceros de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato con el acuerdo de la misma, o de cualquier otro tercero si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato (art. 4:111).

Finalmente, señalemos que las declaraciones e informaciones realizadas precontractualmente podrán pasar a formar parte integrante del contrato, considerándose fuente de obligación contractual, si la otra parte lógicamente así las consideró atendiendo a las circunstancias (es decir, se protege la razonable confianza de la parte receptora en su carácter contractual), teniendo en cuenta la importancia aparente de esa declaración para la otra parte y la experiencia profesional de cada una, y en todo caso si la información versa sobre la calidad o el uso de servicios, mercancías u otros bienes y la proporciona la parte que sea un proveedor profesional, salvo que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto, y ello ya sean proporcionadas las informaciones por

¹¹⁸ Observemos así que el principio de autorresponsabilidad en la consecución de la información (o de *autoinformación*) puede determinar la inexistencia de un deber de información precontractual, siendo aquél preferente sobre éste en función de las circunstancias, como vimos anteriormente.

¹¹⁹ En cualquier caso, aun cuando quepa exoneración de la indemnización si concurriera esa causa de justificación, de proceder la anulación del contrato ésta no podrá ser evitada. Cfr. MORALES, «¿Es posible construir...», *op. cit.*, pág. 419.

el propio proveedor u otra persona que actúe como representante, haga publicidad de esos bienes o servicios o se ocupe de los primeros contactos negociales, a no ser en este segundo caso que el proveedor ignorara o no tuviera motivos para conocer la información o el compromiso adquirido (art. 6:101). Nos encontramos así que las informaciones precontractuales pueden llegar a constituir elementos contractuales, debiéndose por tanto entender que ante su infracción se pueda exigir el resarcimiento del interés positivo, al cumplimiento del contrato, lo que ya se contemplaba en el Derecho del consumo¹²⁰ pero que ahora se establece con carácter general para todo tipo de contratos.

Los *Principios del *acquis communautaire** (o Principios del Derecho contractual comunitario) contemplan los deberes de información precontractual distinguiendo tres niveles de exigencia, según estemos ante una relación contractual general, de un profesional con un consumidor o una relación con consumidores que se encuentren en una especial situación de inferioridad.

En general, se establece el deber de cada parte de proporcionar a la otra la información sobre los bienes y servicios que ésta pueda razonablemente esperar, teniendo en cuenta los estándares de calidad y las prestaciones que serían normales según las circunstancias (art. 2:201), y respecto de los consumidores el deber del profesional que ofrece bienes o servicios a un consumidor de proporcionar toda la información material que, en el contexto dado, necesita un consumidor medio para tomar una decisión informada acerca de si desea o no concluir el contrato, y cuando utilice comunicaciones comerciales deberá proporcionar determinada información, siempre que la misma no se deduzca ya del contexto de la comunicación comercial: las características principales de los bienes o servicios, la dirección e identidad del profesional, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, y, cuando exista, el derecho de desistimiento; y las particularidades del pago, la entrega, la ejecución de la prestación y el tratamiento de las reclamaciones, si éstas se apartan de las exigencias de la diligencia profesional (art. 2:202). En los casos de relaciones contractuales que coloquen al consumidor en una situación de notoria desventaja informativa como consecuencia del medio técnico que se utiliza para contratar, la distancia física entre el profesional y el consumidor, o la naturaleza de la operación, el profesional, de acuerdo con las circunstancias, deberá proveer, a más tardar en el momento de la conclusión del contrato y sin perjuicio de los posibles deberes de información específicos en relación con situaciones concretas, información adecuada acerca de las características principales de los bienes, el precio con inclusión de los gastos de envío, los impuestos y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, las condiciones del contrato, los derechos y obligacio-

¹²⁰ Así, en España, el artículo 61.2 TRLGDCU, como vimos en su momento.

nes de ambas partes contractuales y los medios de resolución de controversias disponibles (art. 2:203).

En el caso de informaciones en comunicaciones a tiempo real (teléfono, transmisión de voz por Internet, chats por Internet) con un consumidor, el profesional deberá, nada más iniciar una comunicación a distancia, proporcionar información explícita acerca de su identidad y la finalidad comercial del contacto, correspondiendo al mismo la carga de la prueba de que el consumidor ha recibido dicha información (art. 2:204).

Si se debiera concluir un contrato con medios electrónicos, el artículo 2:205 establece que el profesional deberá imperativamente, antes de que la otra parte realice o acepte una oferta, proporcionar acceso a todas las cláusulas contractuales empleadas, que deben estar disponibles en la forma de texto, y si se realizara sin comunicación individual, el profesional deberá imperativamente proporcionar la información sobre el procedimiento a seguir¹²¹, antes de que la otra parte realice o acepte una oferta.

El artículo 2:206 se centra en los aspectos formales de la información que debe proporcionar el profesional, sin perjuicio de la posible existencia de requisitos formales específicos: la información será clara y precisa y expresada en un lenguaje sencillo e inteligible, y en los contratos concluidos a distancia, deberá ser confirmada por escrito en el momento de conclusión del contrato, de la manera que se considere adecuada en cada caso, la información relativa a las características de los bienes y servicios, el precio con inclusión de los gastos de envío, tasas y otros gastos, la dirección e identidad del profesional con el que contrata el consumidor, los derechos y deberes de las partes contratantes, y los medios de resolución de controversias. Salvo que otra cosa se establezca, la escrita puede ser reemplazada por otra forma de texto en soporte duradero, siempre que el destinatario pueda adecuadamente acceder al mismo. Además, la inobservancia de la forma impuesta tendrá las mismas consecuencias que la infracción de los deberes de información.

En caso de infracción de los deberes de información que el profesional debiera proporcionar, el artículo 2:207 establece como consecuencias que no comenzará el plazo de desistimiento del consumidor al que tenga derecho hasta que se le proporcione toda la información, hasta un máximo de un año desde el momento de finalización del contrato; la indemnización de los daños sufridos, aun cuando no se haya concluido ningún contrato; y, en caso de que se haya llegado a celebrar el contrato, formarán parte de su contenido los deberes que

¹²¹ En concreto, los pasos técnicos que se deben seguir para concluir el contrato, si el contrato concluido será archivado electrónicamente por el profesional y si éste va a ser accesible, los medios técnicos para identificar y corregir errores, y las lenguas ofrecidas para la conclusión del contrato.

la otra parte podía razonablemente esperar como consecuencia de la omisión o incorrección de la información.

El *Proyecto de Pavía* de Código Europeo de Contratos establece con carácter general el deber de cada parte, en la fase de tratos preliminares, de informar a la otra de toda circunstancia de hecho o de derecho que sea o deba ser conocida que permita a esta última darse cuenta de la validez y conveniencia del contrato (art. 7.1)¹²². Si se omitiera esa información o se diera falsa o reticentemente, se prevé un doble efecto (art. 7.2): si el contrato no ha sido concluido o resulta nulo, la parte que actuó contra la buena fe responde frente a la otra por los gastos asumidos por la otra parte en vista de la estipulación de un contrato así como de la pérdida de ocasiones similares¹²³; y si se hubiera llegado a celebrar el contrato, el perjudicado podrá elegir entre la anulación por error, la devolución de las cantidades recibidas o la indemnización fijada judicialmente, aproximándose a los efectos del incumplimiento contractual¹²⁴.

En su artículo 32.2, bajo la regulación de las cláusulas implícitas, viene a contemplar indirectamente una *contractualización* de las declaraciones que cada parte haga a la otra durante las negociaciones o en el momento de la conclusión del contrato a propósito de una situación o de una expectativa de hecho o de derecho, relativa a los sujetos, al contenido o a los fines del contrato, similar a la que hemos visto que establece el artículo 6:101 PECL, si bien mucho más tímidamente, pues el precepto del Proyecto de Pavía se limita a señalar que esas declaraciones tendrán relevancia en la medida en que de una cierta manera correspondan al texto contractual y si han podido determinar el acuerdo entre las partes.

No obstante, ubica esta materia fundamentalmente en el ámbito del contrato de compraventa, mezclándola un tanto con las obligaciones contractuales del vendedor, al establecer entre las «obligaciones principales» del «que ofrece en compraventa» dar previamente todas las necesarias informaciones al eventual comprador [art. 187.a)].

En concreto, el artículo 188 establece la obligación de quien ofrezca en venta un bien mueble en locales de comercio al público, de facilitar una serie de informaciones preliminares¹²⁵, en modo claramente visible y fácilmente com-

¹²² Como pone de manifiesto Gabriel GARCÍA CANTERO (en *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Ed. Reus, Madrid, 2010, pág. 104), debe entenderse que se trata de información sobre elementos esenciales, básicos o fundamentales, que pudieran decidir al ciudadano medio a contratar o hacerlo bajo ciertas condiciones, o secundarios pero relevantes para el caso.

¹²³ Es decir, como vemos se tiene en cuenta la indemnización de la confianza y del denominado interés negativo. Es el mismo efecto previsto en el artículo 6.4 para la infracción del *deber de corrección*, cuando se actúa contra la buena fe en los tratos preliminares.

¹²⁴ Cfr. GARCÍA CANTERO, «Estudios...», *op. cit.*, pág. 104.

¹²⁵ Indicación clara del precio y de todas las informaciones sobre la validez y conveniencia del contrato y en especial el tipo y exacta denominación del bien, fabricante o productor;

previsible, ante todo en la lengua del lugar donde se realiza la venta. Si el bien es expuesto en venta, los datos informativos esenciales se indicarán en un cartel colocado permanentemente junto al mismo y claramente visible, y si el bien es conservado en el interior del lugar de venta, la información se suministrará mediante la entrega de un prospecto ilustrativo, al margen de que pueda ser dada verbalmente por el vendedor.

El artículo 189 contempla lo que denomina *informaciones contextuales*, respecto de los bienes confeccionados, encajonados o embotellados y acompañados de etiquetas, de estampados ilustrativos o conteniendo instrucciones para el uso, la conservación y análogos, estableciendo la obligación del vendedor de suministrar unos datos mínimos¹²⁶, al menos en la lengua nacional del lugar de venta, aunque las indicaciones más usuales pueden suministrarse mediante figuras o símbolos de uso habitual y significado ampliamente aceptado. En el caso de bienes a granel expuestos sobre el mostrador y desprovistos de etiquetas, los datos esenciales se indicarán en anuncios claramente visibles colocados junto a ellos, y además en factura, recibo o nota de caja (donde figurarán su denominación y su dirección, también telefónica y electrónica, la denominación y el tipo del bien vendido y el precio pagado), especificándose, en todo caso, la proveniencia de los bienes y la fecha dentro de la cual deben ser utilizados.

Estas obligaciones de información existirán igualmente, salvo pacto en contrario, en los contratos entre empresarios (art. 190), pudiendo contenerse en cartas o en análogos comunicaciones escritas, redactadas por el que ofrece en venta o vende en la lengua nacional del comprador; y en los contratos entre particulares (art. 191), aunque en este caso podrán realizarse verbalmente si el comprador no exige declaración escrita.

El artículo 192 establece unas previsiones específicas para la compraventa de bienes usados. El oferente deberá, antes de la conclusión del contrato, y salvo pacto en contrario, suministrar por escrito al eventual comprador que lo requiera los siguientes datos: exacta denominación o tipo del bien, época de

lugar, fecha y procedimiento de fabricación o producción, calidad y materia prima empleada, características fundamentales, uso al que puede ser destinado y relativa caducidad, modalidades de instalación, limpieza y conservación y sus relativas caducidades.

¹²⁶ Estas informaciones son las relativas a los datos completos del fabricante o productor, sus signos distintivos, su domicilio, con direcciones telefónicas y electrónicas, el tipo, la cualidad y la exacta denominación mercantil y comercial de los bienes, el lugar y la fecha de fabricación o de producción, los materiales y los procedimientos empleados en la fabricación o producción y sus características esenciales; la eventual presencia en ellos de sustancias peligrosas o nocivas para el hombre y las precauciones a adoptar para su instalación, uso, conservación y limpieza; las empresas, con las respectivas direcciones completas, a las que el comprador pueda dirigirse para su conservación y reparación, etc. Además, se deberá indicar la fecha de caducidad en modo particularmente visible en todos los bienes con finalidades terapéuticas o destinados a la alimentación, limpieza o tratamiento estético de la cara y del cuerpo, o cuyo uso pueda en cualquier modo comportar contactos con éste.

su construcción, funcionamiento, y características o defectos cualesquiera que fueren y de los se deba tener conocimiento; y además debe consentir a la contraparte efectuar o hacer efectuar por persona competente un examen.

En caso de tratarse de automóviles o máquinas usadas, el oferente deberá declarar además al eventual comprador, generalmente por escrito, el uso al que ha sido destinada y los incidentes y las reparaciones que el vehículo o máquina hayan sufrido.

En las ventas de universalidades en uso, a falta de acuerdo en contrario, el vendedor deberá informar previamente en modo exhaustivo a la contraparte de la consistencia de la misma, sea real o potencial, lo mismo que de su susceptibilidad de incrementos, suministrándole una exacta descripción analítica o un fiel elenco de los bienes y de su estado de uso así como de las relaciones que componen la universalidad misma.

Respecto de las compraventas en pública subasta, el artículo 219.3 establece también el deber del vendedor de comunicar ciertas informaciones previas sobre las características de los bienes ofrecidos, en los anuncios, el catálogo de venta o carteles individuales o bien en el momento de la subasta¹²⁷.

Finalmente, el artículo 183 establece en la compraventa de bienes ajenos el deber del vendedor de informar a la contraparte, antes de la conclusión del contrato, de que el bien no le pertenece, pudiendo en caso contrario el comprador desistir del contrato dentro de un término razonable.

4.2. EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA

Por su parte, el DCFR busca obtener la eficiencia del mercado a través de la igualdad de información, para obtener una plena eficacia de los acuerdos contractuales, pues la falta de información de los consumidores sobre las características de los bienes vendidos o de los términos ofrecidos lleva a fallos del

¹²⁷ En concreto, los anuncios expuestos previamente al público deben indicar exactamente, aunque sea de manera sintética o en su conjunto, los bienes que serán vendidos en subasta; el catálogo que sea distribuido en las salas en que los bienes vengan expuestos, y en la sala en que sean vendidos, debe contener por cada bien singular, y en la lengua del lugar donde se celebra la subasta, su exacta denominación, el lugar y la fecha o época de fabricación o de producción o su proveniencia, las características más sobresalientes, los eventuales defectos y el precio de salida a subasta, datos que deberán figurar también en los carteles colocados junto a los bienes en la sala en la que vengan expuestos, aunque no serán necesarios esos datos en el caso de bienes singulares puestos en venta, expresa y claramente, sin ningún precio de salida a subasta o con un precio irrisorio y además con la dicción «así como está». En caso de ser puestos en venta productos agrícolas, piscícolas, alimenticios o mercaderías sin haber expuesto previamente los anuncios sobre el objeto de la venta, el subastador deberá declarar en el momento de la subasta la exacta denominación de los bienes, su calidad y su proveniencia, en alta voz o sobre las pantallas fácilmente visibles.

mercado. De este modo, quedan justificadas las normas que imponen que una parte (normalmente una empresa) facilite a otra (generalmente un consumidor) una información específica sobre su naturaleza, términos y efectos, a fin de permitir una decisión bien informada que de otro modo no sería fácilmente accesible a la otra parte y promover así la eficiencia del mercado relevante¹²⁸. Observamos así que se destaca especialmente la importancia de la existencia de un deber precontractual de información, que ha de cubrir las razonables expectativas de su destinatario y que, como dijimos, no se limita ya al ámbito de los contratos con consumidores, sino que se aplica igualmente a los contratos entre empresas en la medida en que venga determinado por las buenas prácticas comerciales¹²⁹. No obstante, se distingue un diferente ámbito de información precontractual exigible en función de la naturaleza de las partes intervinientes, estableciéndose, junto a un nivel mínimo general de información exigible en todas las relaciones en que intervenga una empresa, un distinto estándar en función de que esa empresa se relacione con otra empresa o con un consumidor, en especial cuando éste se halla en situación de desventaja.

En este punto se han producido, fundamentalmente como consecuencia de los trabajos del *Acquis Group*, numerosos cambios en la edición de 2009 respecto de la de 2008, que claramente se basaba en los PECL¹³⁰.

Como se señala en los Principios explicativos de la versión definitiva del DCFR¹³¹, la necesidad de una regulación específica, resultante del interés en asegurar que las partes están plenamente informadas para que exista una auténtica libertad de contratar, se pone de manifiesto porque los fundamentos clásicos de la invalidez por error son demasiado limitados, y así en muchos países el error sólo se contempla referido a la sustancia de la cosa vendida, concepto desarrollado cuando los bienes y servicios eran mucho más simples que en la actualidad pero que no resulta adecuado actualmente, cuando las partes necesitan mucha más información y por ello será necesario establecer una obligación de dar ciertas informaciones. De este modo, el régimen clásico del error se suplementa con deberes de facilitar a la otra parte la información que sea necesaria para que pueda adoptar una decisión adecuadamente informada, en especial entre empresas y consumidores, pero también entre empresas: normalmente éstas suelen informarse adecuadamente antes de celebrar un contrato, pero si una

¹²⁸ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier.european law publishers, Munich, 2008, pág. 16.

¹²⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 12.

¹³⁰ Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Introduction, Sellier.european law publishers, Munich, 2009, pág. 20.

¹³¹ Cfr. *Principles... Outline Edition*, *op. cit.*, Principles, págs. 66-68.

buena práctica comercial establece que se proporcione cierta información por una parte es probable que la otra entienda que se ha facilitado, y si realmente no se ha hecho y finalmente se celebra un contrato que esa parte no hubiera realizado o lo hubiera hecho sobre cláusulas fundamentalmente diferentes, ésta ha de tener una posibilidad de recurso.

Lo mismo cabe decir de los propios contratos, en que las vías clásicas de defensa se elaboraron en un momento en que eran tan simples que las partes podían entenderlos rápidamente, pero que ha cambiado, en especial por el empleo de condiciones generales, y esto, que recibe una atención por parte del Derecho europeo vigente en relación con los contratos de consumo no negociados individualmente¹³², puede sin embargo darse igualmente en relación con los contratos entre empresas, en especial cuando una de las partes es una PYME con falta de experiencia; por ello, el DCFR establece controles respecto de estos problemas también en los contratos entre empresas, si bien son más restringidos que en relación con los contratos con consumidores. Si las partes están adecuadamente informadas, estarán vinculadas a los contratos que celebren, pero en ocasiones los problemas persisten aunque los consumidores estén teóricamente informados, porque probablemente no podrán hacer uso efectivo de la información, y en tales casos puede justificarse una norma imperativa que dé al consumidor ciertos derechos, como el de desistimiento.

En general, los deberes de información buscan promover la eficiencia del mercado, siendo un valor a defender la realización de una decisión mejor informada, pues el acuerdo puede no llegar a ser totalmente eficiente debido a fallos del mercado como la desigualdad de información, lo que justificaría la realización de interferencias con la libertad de mercado. Las normas de protección del consumidor, por ejemplo, no sólo serían una protección para el beneficio de las partes típicamente más débiles sino normas de beneficio general, puesto que llevan a más competencia y así a un mejor funcionamiento de los mercados. Así, pueden justificarse las normas que, respecto de la formación de un contrato de un tipo particular o en una situación específica, imponen que una parte (normalmente una empresa) proporcione a la otra (normalmente un consumidor) una determinada información sobre su naturaleza, contenido y efectos, donde se necesita tal información para una decisión bien informada y que de otro modo no sería fácilmente accesible a esa otra parte, en la medida en que promueven la eficiencia del mercado en consideración¹³³. Sin embargo, se ha destacado¹³⁴ que el DCFR se ha excedido en ese enfoque y llega a sugerir

¹³² Así, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

¹³³ Cfr. *Principles... Outline Edition, op. cit.*, Principles, págs. 96-97.

¹³⁴ Por EIDENMÜLLER, Horst *et al.*, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*, T. LXII-IV, 2009, págs. 1506-1507.

una restricción del ámbito de autorresponsabilidad, de modo que el deber de las partes contratantes de obtener la información que precisen se convierte en excepción frente a la regla general de que ésta ha de ser suministrada por la otra parte, y ello no sólo en los contratos con consumidores sino también entre empresas, lo que iría en contradicción con el actual esquema que rige en los ordenamientos europeos, más coherente con una sociedad libre.

Además, el hecho de que el DCFR haya ido extrayendo la regulación de la información contractual de diversas fuentes (PECL, Proyecto de Pavía, diferentes directivas...) motiva que su tratamiento no sea homogéneo, pues a una regulación general (no restringida a ciertas formas negociales y tipos contractuales, como algunos de sus precedentes) se le añaden paralelamente otras disposiciones específicas que se solapan y tienen diferentes ámbitos de aplicación, estableciéndose regímenes especiales parcialmente coincidentes pero no coordinados, que dan una cierta impresión de incoherencia y descoordinación¹³⁵. De modo similar a los ACQP, se establece un régimen general para los contratos de suministro por empresas y otro para cuando la otra parte es un consumidor, al que se añaden regímenes especiales cuando el consumidor se encuentra en una situación especialmente desventajosa y para los casos de contrataciones a distancia en tiempo real. Asimismo se contemplan como especialidades la comunicación a distancia directa e inmediata de la empresa con el consumidor, y los contratos por medios electrónicos sin comunicación individual.

El DCFR dedica específicamente la Sección 1.^a del Capítulo 3 del Libro II a los deberes de información precontractual. El artículo II-3:101 establece que, en los casos de suministro de bienes o servicios por una empresa, ésta deberá proporcionar a la otra persona de la información sobre los mismos que ésta pudiera razonablemente esperar, teniendo en cuenta los niveles de calidad y cumplimiento que pueden ser normales en esas circunstancias. En el caso de que la otra parte fuera también una empresa, el nivel de información a proporcionar vendrá determinado por la consideración de si ese incumplimiento se desviaría de las buenas prácticas comerciales.

En el caso de que estemos ante empresas ofreciendo bienes o servicios a consumidores, el artículo II-3:102 DCFR establece que la empresa deberá no proporcionar informaciones engañosas, considerándose como tales si tergiversan u omiten hechos materiales que el consumidor medio podría esperar que se dieran para una decisión informada sobre si celebra el contrato, teniendo en cuenta

¹³⁵ Defecto puesto de manifiesto por EIDENMÜLLER *et al.*, «El marco común de referencia...», *op. cit.*, pág. 1506; y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, «Libro II. Contratos y otros actos jurídicos», en VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 107 y 111.

todas las circunstancias y el medio de comunicación empleado¹³⁶. Si la empresa empleara una comunicación comercial que da la impresión de contener toda la información relevante, deberá ser así efectivamente, y contendrá en todo caso en que no se pueda derivar ya del contexto de la comunicación comercial las principales características de los bienes o servicios; la identidad y domicilio, si fuera relevante, de la empresa; el precio y el posible derecho de desistimiento, así como los puntos particulares relativos al pago, entrega, cumplimiento y atención a reclamaciones, que se deriven de las exigencias de la diligencia profesional, y el idioma a emplear en las comunicaciones entre las partes tras la celebración del contrato, si fuera diferente del de la comunicación comercial¹³⁷. Toda esta información deberá proporcionarse en el mismo idioma¹³⁸.

Si el consumidor estuviera en una posición especialmente desventajosa debido al medio técnico utilizado en la contratación, la distancia física entre las partes o la naturaleza del contrato, conforme al artículo II-3:103 la empresa deberá, en función de las circunstancias y con una antelación razonable a la celebración del contrato, y sin perjuicio de que existan deberes de información específicos para situaciones concretas, proporcionar una información clara sobre las principales características de los bienes o servicios, el precio¹³⁹, la dirección e identidad de la empresa con la que está negociando el consumidor, las cláusulas contractuales, los derechos y obligaciones de ambas partes y cualquier derecho de desistimiento o procedimientos de resolución disponibles¹⁴⁰, correspondiendo a ella la carga de la prueba de haberlo hecho. En el caso de contratos a distancia con consumidores, esas informaciones deberán confirmarse textualmente en un soporte duradero en el momento de la celebración del contrato (art. II-3:106.3)¹⁴¹.

¹³⁶ La versión de 2007, más lacónica, sólo hace referencia a que la empresa debe, en la medida de lo posible teniendo en cuenta el medio de comunicación empleado, proporcionar la información que el consumidor medio necesite en ese contexto para adoptar una decisión informada sobre si celebra el contrato.

¹³⁷ Este contenido tiene su origen en el artículo 4.1 de la Directiva sobre contratos a distancia. El último inciso se introduce en la versión definitiva de 2009, siendo inexistente en la de 2007. También se recogen en parte estas informaciones en el artículo 6 de la Directiva sobre comercio electrónico.

¹³⁸ Nueva indicación introducida en la versión de 2009.

¹³⁹ La versión de 2007 especificaba que en él se incluían los gastos de entrega, impuestos y otros gastos, lo que desaparece en la de 2009 al establecerse como parte del nuevo contenido del artículo II-3:103.7.

¹⁴⁰ Como vemos, se reitera prácticamente, con mínimas diferencias, lo ya dispuesto en el artículo II-3:102.2, respecto de las comunicaciones comerciales que den la impresión de contener toda la información relevante.

¹⁴¹ El apartado 4 reitera, a su vez, el contenido del artículo II-3:103.1. Realmente, dado que un contrato a distancia es un contrato en el que el consumidor se halla en una desventaja de información significativa a causa del medio técnico empleado para la contratación y la distancia física entre empresa y consumidor, en los términos del artículo II-3:103.1, esa reiteración era innecesaria, pues hubiera sido en cualquier caso de aplicación éste último. No obstante, en el artículo II-3:108.2 se efectúa una distinción entre el deber general de identificación de la

La información a proporcionar obligatoriamente por las empresas (tanto frente a otras empresas como a consumidores) deberá realizarse con claridad y precisión, y expresarse en un lenguaje sencillo e inteligible (art. II-3:106.1)¹⁴², concretándose cuál es la información a proporcionar sobre el precio (art. II-3:107)¹⁴³, y la relacionada con la dirección e identidad de la empresa (art. II-3:108)¹⁴⁴.

De tratarse de comunicación a distancia en tiempo real (comunicación directa e inmediata que permita a cada parte interrumpir a la otra: teléfono, chat y comunicación por Internet...) entre una empresa y un consumidor, la empresa deberá informar expresamente al inicio de la comunicación sobre su nombre y la finalidad comercial del contrato, correspondiéndole la carga de la prueba de haberlo hecho, y otorgándose al consumidor un derecho de desistimiento en caso de incumplimiento y haberse llegado a celebrar un contrato a consecuencia de esa comunicación (art. II-3:104).

Una novedad es el amplio tratamiento de las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información precontractual, aunque ya se contemplaban, pero más limitadamente, en el Proyecto de Pavía. En caso de existir un derecho de desistimiento del consumidor, el plazo de ejercicio no comenzará hasta que la empresa proporcione la información precontractual a que estuviera obligada, si bien dicho plazo se subordina a una caducidad de un año tras la celebración del contrato; y si finalmente se celebrara el contrato, la empresa incumplidora estará sometida a las obligaciones contractuales que la otra parte

empresa del apartado 1 del propio artículo y el específico del artículo II-3:103.1, estableciéndose como veremos que a tales efectos la obligación de proporcionar la dirección e identidad de la empresa se limitará al nombre de la empresa, número de inscripción registral, dirección geográfica y datos de contacto. La obligación de confirmación escrita proviene del artículo 5 de la Directiva sobre contratos a distancia. En general, el contenido de este precepto tiene su origen en el artículo 2:203 ACQP, que vimos anteriormente.

¹⁴² Esta indicación proviene del artículo 4.2 de la Directiva sobre contratos a distancia, de donde la recogió igualmente el artículo 2:206.1 ACQP.

¹⁴³ Deberá incluir la referente a todos los anticipos a pagar, gastos de envío e impuestos y derechos adicionales que puedan indicarse separadamente, así como el programa de pagos en caso de que el precio no se abone en una sola cantidad; aunque si el precio exacto no pudiera indicarse, dicha información habrá de darse sobre una base de cálculo que permita al consumidor verificar el precio. Estas dos últimas indicaciones son novedad de la versión de 2009 respecto de la de 2007, y la redacción del precepto en general es nueva respecto al contenido de su homónimo en la de 2007.

¹⁴⁴ Deberá incluir su nombre, cualquier nombre comercial aplicable al contrato, el número de inscripción en cualquier registro oficial y el nombre de éste, la dirección geográfica de la empresa, datos de contacto, la dirección e identidad del representante en el país de residencia del consumidor si existiera, los detalles de la autoridad supervisora competente si la actividad de la empresa estuviera sometida a autorización y el número de identificación del IVA aplicable si la actividad de la empresa estuviera sujeta a tal impuesto, salvo para el cumplimiento de la obligación de información específicamente recogida en el artículo II-3:103.1, en cuyo caso bastará con el nombre de la empresa, número de inscripción registral, dirección geográfica y datos de contacto. La redacción de este precepto es nueva en la versión de 2009, respecto al contenido de su homónimo en la de 2007.

podría razonablemente esperar como consecuencia de la falta o incorrección de esa información, aplicándose las normas del incumplimiento contractual en caso de no observancia de las mismas¹⁴⁵. En cualquier caso y al margen de que el contrato llegue a celebrarse, la empresa incumplidora será responsable de los daños que se causen a la otra parte por el incumplimiento del deber de informar¹⁴⁶, salvo en la medida en que exista un remedio para el caso de incumplimiento contractual. Vemos así que, como muestra de la tendencia a que hacíamos referencia al inicio de este trabajo, se contempla como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información precontractual el resarcimiento del interés negativo, ya recogido en el Proyecto de Pavía y los ACQP y que posteriormente se retoma en los artículos VI-2:204 y 2:207 (que consideran como «daño jurídicamente relevante» respectivamente las pérdidas causadas a una persona como consecuencia de la comunicación de una información que quien comunica sabe o puede razonablemente esperarse que sepa que es incorrecta, y como consecuencia de adoptar una decisión sobre la confianza razonable sobre un consejo o información incorrectos), pero también del interés positivo. Estas normas, recogidas en el artículo II-3:109¹⁴⁷, tienen carácter imperativo e inderogable en perjuicio del consumidor¹⁴⁸ y se aplican al margen de las medidas contempladas para el caso de error.

Esa *contractualización* de las informaciones precontractuales, generalizada más allá de los contratos de consumo, que como vimos ya recogía el artículo 6:101 PECL y traía origen del ámbito del Derecho del consumo, se refuerza en el artículo II-9:102, que de modo similar establece el carácter contractual de las declaraciones precontractuales si la otra parte razonablemente la consideró como hecha sobre la base de que formaría parte de las condiciones del contrato si se celebrara, si bien en el DCFR la vinculatoriedad de las declaraciones públicas (por tanto, no de las realizadas directamente a la otra parte) del productor o un representante en contactos previos de la cadena empresarial se producirá sólo cuando el destinatario sea un consumidor. Esta disposición es imperativa en las relaciones entre empresas y consumidores (luego se puede entender que cabe su exclusión en las relaciones entre empresas).

En los casos de comunicación a distancia directa e inmediata (teléfono, voz por Internet o chat por Internet) de la empresa con el consumidor, el artículo II-3:104 establece que la empresa deberá manifestar expresamente su identidad y la finalidad comercial del contacto, correspondiendo a ella la carga de la prueba de

¹⁴⁵ Redacción que tiene su origen en el artículo 2:207.1 y 3 ACQP.

¹⁴⁶ Como vemos, una redacción similar a la de los artículos 2:207.2 ACQP y 7.2 del Proyecto de Pavía.

¹⁴⁷ Artículo II-3:107 en la versión de 2007.

¹⁴⁸ Con lo que parece que sí serían admisibles las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad por defecto o incorrección de la información precontractual en el caso de relaciones entre empresas.

que el consumidor ha recibido dicha información. El artículo II-3:105 contempla el caso del contrato celebrado por medios electrónicos sin una comunicación individual (como vemos, ya no es preciso que la contraparte sea un consumidor), disponiendo que la empresa deberá proporcionar determinada información a la otra parte, antes de que ésta haga o acepte una oferta¹⁴⁹. En ambos supuestos, en caso de incumplimiento del deber de información, la empresa será responsable frente al consumidor de todo daño que se le produzca, y si llegara a celebrarse el contrato la otra parte¹⁵⁰ tendrá un derecho de desistimiento¹⁵¹.

Finalmente, respecto de la versión provisional del DCFR de 2007, la definitiva de 2009 únicamente completa los términos ingleses para «bienes», de modo que se pasa de hacer referencia a los contratos sobre *goods or services*, a los de *goods, other assets or services*, modificación que realmente no tiene mucha trascendencia en español.

En relación con el error, el artículo II-7:201.1.b).iii) contempla como supuesto el que el contrato se realice afectado por error por no cumplir con un deber de información precontractual, estableciéndose una responsabilidad por los daños causados por la confianza en una información incorrecta: quien realice un contrato por una razonable confianza sobre una información incorrecta dada por la otra parte en el curso de las negociaciones tendrá derecho a una indemnización por los daños sufridos, incluso aun cuando no haya un derecho a la anulación del contrato, si quien proporcionó la información sabía que era incorrecta o no tenía motivos razonables para creer que fuera correcta y sabía o podía razonablemente esperarse que supiera que el receptor confiaría en ella para decidir si celebraba o no el contrato en los términos convenidos (art. II-7:204).

Respecto al dolo, el artículo II-7:205 contempla como causa de anulabilidad del contrato la inducción a la celebración del contrato por una tergiversación dolosa, mediante palabras o conducta, u ocultación dolosa de una información cuya expresión venía impuesta por la buena fe¹⁵², o cualquier otro deber de información precontractual. La tergiversación será dolosa si se hace con conoci-

¹⁴⁹ Concretamente, los trámites técnicos para la celebración del contrato, si la empresa guardará un documento contractual y si estará accesible, los medios técnicos para identificar y corregir errores antes de que la otra parte haga o acepte una oferta, idiomas ofrecidos para la celebración del contrato y cualquier cláusula contractual usada (a facilitar en formato de texto).

¹⁵⁰ Obsérvese que, mientras que para la primera consecuencia del incumplimiento sí debe ser un consumidor, para ésta no se dice que deba serlo.

¹⁵¹ Estos dos incisos, referentes al incumplimiento del deber de información, se introducen como novedad en los nuevos artículos II-3:104.4-5 y II-3:105.3 de la versión de 2009.

¹⁵² Si bien a lo largo del documento se emplea la usual expresión inglesa «*good faith and fair dealing*», la idea del *fair dealing* como justa actuación en los tratos o lealtad en las negociaciones no tiene una exacta traducción al español, pudiendo traducirse el conjunto del binomio como «buena fe», en sentido parecido al del artículo 1.7 del Código Civil. Ha de tenerse en cuenta que estos binomios son especialmente caros al lenguaje jurídico inglés, y así puede citarse también la expresión *null and void* para hacer referencia al (contrato) nulo.

miento o creencia de que la información era falsa y buscaba inducir al receptor a incurrir en un error, y la ocultación lo será si busca inducir a la persona a la que se retiene la información a incurrir en un error¹⁵³. Para determinar si la buena fe y la corrección en las negociaciones requerían que una parte revelara una información específica, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, en especial si la parte tenía una pericia especial, el coste para esa parte de conseguir esa información específica, si la otra parte podía razonablemente conseguir la información por otras vías y la evidencia de la importancia de la información para la otra parte.

El artículo IV.E-2:101, que integra la Sección 1.^a del Capítulo 2 del Libro IV.E (contratos de agencia, franquicia y distribución), determina que la parte que esté en negociaciones para uno de estos contratos deberá proporcionar a la otra parte, en un tiempo razonable antes de la celebración del contrato y en la medida en que se requiera por la buena práctica comercial, la información suficiente para permitirle decidir sobre una base razonablemente informada si celebra o no tal contrato y con esas cláusulas. En concreto respecto del contrato de franquicia, el artículo IV.E-4:102 impone imperativamente que el franquiciador proporcione al franquiciado una información tempestiva y adecuada sobre determinados aspectos de la franquicia¹⁵⁴, y en caso de incumplimiento de esta obligación, aun cuando no dé lugar a un error que anularía el contrato, el franquiciador deberá indemnizar al franquiciado de los daños que se le causen, a menos que el franquiciador tenga motivos para creer que la información era adecuada o había sido dada en un tiempo razonable.

En el caso de la fianza, el artículo IV.G-4:103.1 establece como deberes precontractuales del acreedor el de informar al que va a ser fiador del efecto general de la fianza propuesta y de los riesgos especiales por los que pueda verse afectado en vista de la situación financiera del deudor, de acuerdo con la información de que dispone el acreedor. Conforme a los apartados 3 y 4 del mismo artículo, esa información deberá darse al menos cinco días antes de que el fiador, la oferta de fianza o el contrato, estableciéndose en caso contrario un derecho de desistimiento del fiador, que deberá ejercitarse en un plazo razonable desde que se reciba la información (entendiéndose por plazo razonable el de cinco días, salvo que las circunstancias indiquen otra cosa) o en cualquier momento si no llega a recibirse.

¹⁵³ Conceptos que coinciden con la definición de «doloso» (*fraudulent*) recogida en el Anexo, si bien ésta añade que el error se realice en perjuicio del receptor o persona a la que se retiene la información.

¹⁵⁴ En concreto, sobre la empresa y experiencia del franquiciador, los derechos de propiedad intelectual específicos, las características del *know-how* concreto, el sector comercial y condiciones de mercado, el método de franquicia concreto y su funcionamiento, la estructura y extensión de la red de franquicias, las cuotas, *royalties* y otros pagos periódicos y las cláusulas del contrato.

5. EL ESTUDIO DE VIABILIDAD DEL GRUPO DE EXPERTOS, Y EL DERECHO DE COMPRAVENTA COMÚN EUROPEO

El *Estudio de Viabilidad (Feasibility Study)* del Grupo de Expertos convocado por la Comisión Europea, de 19 de agosto de 2011¹⁵⁵, partiendo del DCFR y de las respuestas al Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 1 de julio de 2010¹⁵⁶ y de un modo menos ambicioso (así, en un enfoque más tradicional, prescinde de las partes sobre principios y definiciones, centrándose únicamente en la formulación de normas), trata de la materia más restringidamente y en la línea de la legislación europea ya vigente (Directivas sobre contratos a distancia, comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores y contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, por ejemplo). En concreto, regula la información precontractual en el Capítulo 2¹⁵⁷ de la Parte II, distinguiendo entre contratos entre empresas y consumidores y contratos entre empresas.

Respecto del primer caso, la Sección 1.^a de dicho Capítulo 2 (que las partes no pueden modificar ni excluir en perjuicio del consumidor: art. 23¹⁵⁸) dedica el artículo 14¹⁵⁹ a la información que debe darse en los contratos a distancia y fuera de los establecimientos comerciales, estableciendo que el comerciante deberá proporcionar cierta información al consumidor de modo claro y comprensible, antes de que se celebre el contrato ni el consumidor esté vinculado

¹⁵⁵ Es esta su última versión. También haremos referencia a la anterior de 3 de mayo de 2011, con la que la de agosto tiene algunas diferencias, como son la regulación más simplificada y menos detallada de la de mayo; el que se sustituya la inicial referencia a la empresa (*business*) por la de comerciante (*trader*), seguramente para evitar dudas en torno a la inclusión de los comerciantes individuales; o el que en los objetos de suministro la segunda versión añada a los bienes y servicios el contenido digital, lo que claramente responde a lo discutido de la naturaleza de éste, en torno a si se trataría de una u otra categoría (de este modo, para evitar posibles discrepancias y ambigüedades respecto a si el contenido digital quedaría englobado o no, se opta por mencionarlo como un *tertium genus*). Salvo donde se indique otra cosa, la numeración de artículos que utilizaremos viene referida a la segunda versión.

¹⁵⁶ Documento COM (2010) 348.

¹⁵⁷ En la versión del 3 de mayo el contenido del Capítulo 2 era más amplio, pues se refería no sólo a la información precontractual, sino también a la negociación precontractual, y así recogía como Sección 6.^a los deberes de negociar de buena fe y con respeto a la confidencialidad, que lógicamente se excluyen de este capítulo en la segunda versión, remitiéndose a las normas relativas a los principios generales.

¹⁵⁸ Artículo 22 en la versión del 3 de mayo.

¹⁵⁹ La versión del 19 de agosto, consecuentemente con la inclusión ahora del contenido digital, añade a la información que debía proporcionarse conforme al contenido original del precepto la referente a la funcionalidad del contenido digital y su interoperabilidad con el *hardware* y *software*, además de otras diferencias a que nos referiremos en las siguientes notas.

por ninguna oferta¹⁶⁰. Esta información (salvo la referente a la dirección del comerciante) formará parte integrante del contrato¹⁶¹ y no será alterable salvo acuerdo expreso de las partes, correspondiendo al comerciante la carga de la prueba de que la ha facilitado (arts. 14.6 y 22¹⁶²).

En el caso de contratos a distancia, esa información deberá darse o hacerse accesible al consumidor en un modo apropiado al medio de comunicación a distancia empleado, en un lenguaje sencillo e inteligible y, en la medida en que se proporcione en un soporte duradero, ser legible¹⁶³. En el caso de contratos fuera de los establecimientos comerciales, la información deberá darse en papel o bien, si el consumidor consiente, en otro soporte duradero, y ser legible y en un lenguaje sencillo e inteligible¹⁶⁴.

No obstante, el deber de informar se excluye en los contratos de suministro de alimentos, bebidas u otros bienes de consumo doméstico corriente y que se suministran físicamente por el comerciante en visitas frecuentes y regulares a la casa o lugar de trabajo del consumidor¹⁶⁵; celebrados por medio de una máquina automática de venta o establecimientos comerciales automatizados; o fuera de los establecimientos comerciales si el precio (o el precio total de los contratos, si se hubieran celebrado a la vez varios) no excede de 50 euros o la suma equivalente en la divisa pactada para el precio del contrato¹⁶⁶.

¹⁶⁰ En concreto, sobre las principales características de los bienes, contenido digital o servicios que se vayan a suministrar, con una extensión apropiada a éstas y al medio de comunicación; el precio y recargos adicionales, su identidad y dirección, las cláusulas contractuales, los derechos de desistimiento; la existencia y condiciones de la asistencia postventa al consumidor del comerciante, servicios postventa, garantías comerciales y política de tratamiento de reclamaciones, cuando sean aplicables; la posibilidad de recurrir a un mecanismo de reclamaciones y compensaciones extrajudiciales al que el comerciante esté vinculado y los métodos para acceder al mismo; la funcionalidad, incluyendo las medidas de protección técnica aplicable, del contenido digital, cuando proceda; y, cuando corresponda, cualquier concreta interoperabilidad del contenido digital con hardware y software que el comerciante conozca o sea esperable que conociera. Estas informaciones ya se contemplaban en su mayor parte en el artículo 4.1 de la Directiva sobre contratos a distancia.

¹⁶¹ Esta indicación ya se recogía en el artículo 13.2 de la versión del 3 de mayo.

¹⁶² Artículo 21 en la versión del 3 de mayo.

¹⁶³ Se corresponde con el artículo 20.3 de la versión del 3 de mayo.

¹⁶⁴ Esta cuestión se recogía en el artículo 19 de la versión del 3 de mayo, pero ésta invertía el orden de preferencia de los soportes: en el artículo 19 de la primera versión se contemplaba el deber de proporcionar la información y una confirmación del contrato en un lenguaje sencillo e inteligible y en un soporte duradero, realizándose la entrega de la información y la confirmación en papel sólo si el consumidor lo solicita, mientras que en el artículo 14.4 de la segunda versión la entrega en papel es obligatoria aunque se permite que, si el consumidor lo acepta, se pueda entregar en otro soporte duradero.

¹⁶⁵ Lo que trae origen del artículo 3.2 de la Directiva sobre contratos fuera de los establecimientos comerciales y del primer guión del artículo 3.2 de la Directiva sobre contratos a distancia.

¹⁶⁶ Se incrementa el límite respecto de los 15 euros de la versión del 3 de mayo. Se viene a recoger la exclusión ya dispuesta (pero referida a 60 ECUS) en el artículo 3.1 de la Directiva sobre contratos fuera de los establecimientos comerciales.

Se concreta en el artículo 15 la información referente al precio que debe proporcionarse¹⁶⁷, indicándose asimismo que el comerciante deberá también informar al consumidor, tan pronto como sea factible, del coste de usar el medio de comunicación a distancia para la celebración del contrato cuando tal coste se calcule de modo diferente a la tarifa básica¹⁶⁸. Si el comerciante no cumpliera con estas obligaciones de información sobre recargos adicionales y otros costes, el consumidor no será responsable de pagarlos¹⁶⁹.

El artículo 16 especifica cuál es la información a proporcionar sobre la identidad y dirección del comerciante¹⁷⁰, y el artículo 17 se refiere a la información sobre las cláusulas contractuales¹⁷¹.

¹⁶⁷ La información deberá incluir el precio total incluyendo impuestos, o donde la naturaleza de los bienes, contenido digital o servicios sea tal que el precio razonablemente no pueda calcularse anticipadamente, la forma en que el precio se va a calcular; y, cuando corresponda, cualquier recargo por transporte, entrega o correo y cualquier otro coste, o donde razonablemente no se puedan calcular anticipadamente, el hecho de que tales recargos y costes adicionales puedan deber ser pagados. En caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que contenga una suscripción, el precio total deberá incluir los costes totales por periodo de facturación, y donde tales contratos se recarguen con un porcentaje fijo, el precio total debe incluir los costes mensuales totales, y cuando los costes totales razonablemente no se puedan calcular con anticipación, deberá aportarse el modo de cálculo del precio. El artículo 15.2 de la versión del 3 de mayo era parcialmente diferente, pues se refería a contratos de servicios en suscripción, estableciéndose que debía informarse sobre los costes de suscripción totales por unidad de tiempo periódica o, si no pudieran calcularse con anticipación, la forma de cálculo del precio. La nueva versión se extiende a contratos de duración indeterminada y no se limita a contratos de servicios.

¹⁶⁸ Este específico deber de información, recogido en el artículo 15.3, aparecía en la versión del 3 de mayo ubicado en el artículo 20.1, si bien ahí se restringía a los casos en que el consumidor contactaba con la empresa para celebrar un contrato a distancia.

¹⁶⁹ Esta indicación se reitera con posterioridad en el artículo 30.2.

¹⁷⁰ Deberá incluir la identidad del comerciante, como su nombre comercial; la dirección geográfica en que esté establecido; el número de teléfono, fax y dirección electrónica del mismo, en su caso (enumeración que no aparecía recogida en la versión del 3 de mayo), para permitir al consumidor contactar con el comerciante rápidamente y comunicar con él eficientemente; en su caso, la identidad y dirección geográfica de cualquier otro comerciante en cuyo nombre esté actuando el comerciante; y, de ser diferente de las direcciones anteriormente mencionadas, la dirección geográfica del comerciante, y en su caso la del comerciante en cuyo nombre esté actuando y al cual pueda dirigir el consumidor cualquier reclamación.

¹⁷¹ Deberá incluir los pactos sobre pago, entrega de los bienes, suministro del contenido digital o prestación de los servicios y el momento antes del cual el comerciante se compromete a realizar esa entrega o prestación; en su caso, la duración del contrato, la duración mínima de las obligaciones del consumidor o, si el contrato fuera de duración indeterminada o ha de prorrogarse automáticamente, las condiciones para terminar el contrato; y la existencia y condiciones para los anticipos u otras garantías financieras que hayan de pagarse o aportarse por el consumidor a solicitud del comerciante, en su caso. La versión del 3 de mayo recogía en el apartado 2 de este artículo que debía darse igualmente la información referente a la existencia de los derechos del consumidor respecto de la no conformidad, apartado y contenido que han desaparecido en la segunda versión.

El artículo 18, referente a la información sobre los derechos de desistimiento, impone que ésta incluya las condiciones, límites de tiempo y procedimientos para ejercerlo conforme al Apéndice I (A), al igual que el modelo de impreso de desistimiento del Apéndice I (B), o bien —si no existe un derecho de desistimiento— la indicación de que el consumidor no cuenta con el mismo o las circunstancias en las que lo perderá. En su caso, esta información deberá incluir el hecho de que el consumidor deberá soportar el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, en los contratos a distancia, si los bienes por su naturaleza no pudieran ser devueltos normalmente por correo, el coste de esa devolución¹⁷². Si el consumidor pudiera desistir tras haber hecho una solicitud de prestación de servicios que debieran iniciarse durante el período de desistimiento, la información deberá incluir el hecho de que el consumidor sería responsable de pagar al comerciante la cantidad a que se refiere el artículo 46.5¹⁷³. Este deber de información puede cumplirse proporcionando al consumidor el modelo de instrucciones sobre desistimiento recogido en el Apéndice I (A), y se considerará que el comerciante ha cumplido estas exigencias de información si han proporcionado estas instrucciones correctamente rellenas.

Respecto de los contratos fuera de los establecimientos comerciales, el artículo 19 establece que el comerciante deberá entregar al consumidor una copia del contrato firmado o su confirmación en papel o, de consentirlo el consumidor, en un soporte duradero diferente, incluyendo en su caso la confirmación del consentimiento del consumidor¹⁷⁴.

El artículo 20, referido a los contratos a distancia¹⁷⁵, establece la obligación del comerciante que llame por teléfono a un consumidor con vistas a la celebración de un contrato a distancia, de identificarse al comienzo de la conversación y, en su caso, a la persona en cuyo nombre está realizando la llamada, y su finalidad comercial¹⁷⁶. Si el contrato a distancia se celebrara mediante un medio que permita un espacio o tiempo limitados para mostrar la información, el comerciante deberá suministrar en ese medio especial, antes de la conclusión del contrato, al menos la siguiente información, al margen del resto de informaciones contempladas en general para los contratos a distancia por el artículo 14.3: las principales características de los bienes, contenido digital o servi-

¹⁷² Esta previsión específica no aparecía en la versión del 3 de mayo.

¹⁷³ En caso de que el consumidor ejercite su derecho de desistimiento tras haber hecho una expresa solicitud de servicios a empezar durante el período de desistimiento, deberá pagar al comerciante una cantidad proporcional a lo que haya sido suministrado antes del ejercicio del desistimiento, respecto del objeto íntegro del contrato y sobre la base de la totalidad del precio acordado (si éste fuera excesivo, sobre la base del valor de mercado de lo suministrado).

¹⁷⁴ Lo que proviene en parte del artículo 5 de la Directiva sobre contratos a distancia.

¹⁷⁵ La versión del 3 de mayo recogía otros incisos que no pasaron a la segunda versión, como el caso de que el contrato a distancia obligara al consumidor a hacer un pago y se celebrara por medios electrónicos.

¹⁷⁶ Lo que tiene su origen en el artículo 4.3 de la Directiva sobre contratos a distancia.

cios [art. 14.1.a)], la identidad del comerciante [conforme al art. 16.a)]¹⁷⁷, el precio total [arts. 14.1.b) y 15.1-2], el derecho de desistimiento¹⁷⁸ y en su caso la duración del contrato o, en caso de ser un contrato de duración indefinida, los requisitos para terminar el contrato [art. 17.1.b)].

En el resto de contratos, no celebrados a distancia o fuera de establecimientos comerciales, el artículo 21¹⁷⁹ establece que, salvo en los contratos de negociación de un día para otro que se cumplan inmediatamente a su celebración, el comerciante deberá proporcionar al consumidor, en un modo claro y comprensible antes de que el contrato se celebre o el consumidor esté vinculado por cualquier oferta, cierta información¹⁸⁰, en la medida en que no resulte ya evidente del contexto¹⁸¹.

En lo referente a la información precontractual que deberá facilitarse en los contratos entre comerciantes, la Sección 2.^a (constituida por el art. 24¹⁸²) establece que el suministrador deberá facilitar al otro comerciante toda información referente a las principales características de los bienes o servicios a suministrar¹⁸³ que aquél tenga o fuera esperable que tenga y que sería contrario a la buena fe y la corrección en las negociaciones no revelar a la otra parte, para lo que se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluyendo si el suministrador tiene una especial pericia, el coste para éste de adquirir la información específica, la facilidad con la que el otro comerciante podría haber adquirido la información por otros medios, la naturaleza de la información, la evidente importancia de

¹⁷⁷ Esta concreta información no se recogía en la versión del 3 de mayo, tal vez por contenerse ya entre las informaciones a dar con carácter general.

¹⁷⁸ Igualmente, esta información no se recogía en la primera versión, quizás por contenerse ya entre las informaciones a facilitar con carácter general.

¹⁷⁹ Correspondiente al artículo 13 de la versión del 3 de mayo, si bien éste se orientaba como un precepto general para todos los contratos con consumidores, y el artículo 21 de la versión del 19 de agosto como un precepto residual para los contratos con consumidores que no sean a distancia o fuera de los establecimientos comerciales. De ahí también que el primero se ubique al comienzo de la Sección y el segundo al final de la misma.

¹⁸⁰ En concreto, las principales características de los bienes, contenido digital o servicios a suministrar, en una extensión apropiada al medio y a los bienes, contenido digital o servicios; el precio y recargos adicionales, conforme al artículo 15.1; la identidad del comerciante (por ejemplo, marca comercial), dirección geográfica en que esté establecido y número de teléfono; las cláusulas del contrato, de acuerdo con el artículo 17; la existencia y condiciones de los servicios postventa del comerciante, garantías comerciales y política de tratamiento de reclamaciones, en su caso; la funcionalidad, incluyendo las medidas aplicables de protección técnica del contenido digital, en su caso; y, en su caso, cualquier interoperabilidad del contenido digital con *hardware* y *software* que el comerciante conozca o sea esperable que conozca.

¹⁸¹ Esta excepción de evidencia sólo aparecía en la versión del 3 de mayo, referida a las principales características de los bienes y servicios.

¹⁸² Correspondiente al artículo 23 de la versión del 3 de mayo.

¹⁸³ Curiosamente, no se incluye aquí, como sí sucedía en la Sección 1.^a, una mención de los contenidos digitales.

la información para el otro comerciante y la buena práctica comercial en la situación concreta.

En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, a los que se refiere la Sección 3.^a¹⁸⁴, el artículo 25¹⁸⁵ señala que, si un comerciante establece unos medios para celebrar un contrato que son de carácter electrónico y sin implicar ninguna comunicación individual por parte del comerciante, éste deberá, antes de que esa otra parte realice o acepte una oferta, proporcionar a la otra parte medios técnicos apropiados, efectivos y accesibles para identificar y corregir los errores de introducción de datos, así como información referente a los pasos técnicos para celebrar el contrato, si el comerciante archivará o no un documento contractual y si estará accesible, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de que la otra parte realice o acepte una oferta, los idiomas disponibles para la celebración del contrato y las cláusulas contractuales (que deberán constar en caracteres alfabéticos u otros que sean inteligibles y en un soporte duradero que permita la lectura y grabación de la información contenida en el texto y su reproducción en forma tangible)¹⁸⁶.

Respecto de los contratos a distancia realizados por medios electrónicos, el artículo 26¹⁸⁷ establece que si obligaran al consumidor a realizar un pago, el comerciante deberá comunicar al consumidor de un modo claro y expreso, y justo antes de que éste realice su pedido, la información exigida por los artículos 14.1.a), 15.1-2 y 17.1.b)¹⁸⁸. El comerciante deberá asegurarse de que el consumidor, al efectuar el pedido, confirma explícitamente que implica una obligación de pago, y donde el pedido se realice activando un botón o una función similar, deberá estar marcado en una forma fácilmente legible sólo con las palabras «pedido con obligación de pago» o una formulación similar no ambigua que indique que realizar el pedido supone una obligación de realizar un pago al comerciante, en defecto de lo cual el consumidor no quedará vinculado por el contrato o pedido. El comerciante debe indicar clara y legiblemente en su web comercial como muy tarde al principio del proceso de pedido si existen

¹⁸⁴ Correspondiente a la Sección 5.^a de la versión del 3 de mayo.

¹⁸⁵ Numerado como artículo 26 en la versión del 3 de mayo. Se recoge el contenido del artículo 10 de la Directiva sobre comercio electrónico.

¹⁸⁶ El artículo 26.6 de la versión del 3 de mayo establecía que, en caso de que la empresa no cumpliera con estos deberes de información, si se llegara a celebrar un contrato la otra parte tendría derecho a una indemnización de los daños y a desistir del contrato sin más que comunicárselo a la empresa, incluso si esa otra parte no fuera un consumidor.

¹⁸⁷ Precepto sin correspondencia en la versión del 3 de mayo.

¹⁸⁸ La versión del 3 de mayo recogía esta cuestión en el artículo 20.5, que establecía además que el contrato u oferta no serían vinculantes para el consumidor hasta que éste confirmara expresamente esa información, y si eligiera considerar el contrato u oferta como no vinculante podría recobrar cualquier pago realizado. Esta indicación no pasó a la segunda versión porque se subsume en las previsiones de su artículo 30, de un más amplio ámbito de aplicación, como veremos seguidamente en el texto.

cualesquiera restricciones y cuáles son los medios de pago aceptados. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, le corresponde al primero la carga de la prueba de haber proporcionado toda esa información (art. 27).

En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán modificar o excluir la aplicación de esta sección en perjuicio del segundo (art. 28¹⁸⁹).

De acuerdo con el artículo 29 (que constituye la Sección 4.^a)¹⁹⁰, la parte que esté obligada a suministrar información, precontractual o en el momento de celebración del contrato, deberá cuidarse razonablemente de que la información proporcionada sea correcta y no engañosa, lo que nuevamente se establece como inderogable por las partes en perjuicio del consumidor en los contratos entre un comerciante y un consumidor. La parte a la que, en incumplimiento de ese deber, se le hubiera proporcionado información incorrecta o engañosa, y que razonablemente confíe en esa información al celebrar el contrato con la parte que la proporcionó, dispondrá de los remedios a que se refiere el artículo 30.

Este artículo 30 (único de la Sección 5.^a)¹⁹¹ establece que en caso de inobservancia de cualquiera de los deberes de información precontractual recogidos en los artículos 14 a 29 que dé lugar a la celebración de un contrato que no se habría celebrado, o no con las mismas condiciones contractuales, esa parte será responsable de los daños que se le causen a la otra por ello, conforme a los artículos 162 a 164 (referidos a la previsibilidad del daño, compensación con su atribuibilidad al acreedor y reducción del daño por éste). Si el comerciante no hubiera cumplido con los deberes de información sobre recargos adicionales y otros costes del artículo 15, o sobre los costes de devolución de los bienes del artículo 18.2, el consumidor no deberá pagar esos costes y recargos adicionales¹⁹². Esta responsabilidad, procedente sin perjuicio de cualquier otro remedio aplicable conforme a los artículos 43.2, 49 y 50 (derecho de desistimiento de cuya existencia no se hubiera informado al consumidor, error y dolo), no podrá ser modificada o excluida por las partes en las relaciones entre comerciantes y consumidores en perjuicio de estos últimos.

¹⁸⁹ Que se corresponde con el artículo 26.7 de la versión del 3 de mayo.

¹⁹⁰ Precepto que se corresponde con el artículo 24 (que forma la Sección 3.^a) de la versión del 3 de mayo.

¹⁹¹ Se corresponde esencialmente con el artículo 25 (que integra la Sección 4.^a) de la versión del 3 de mayo. No obstante, éste recogía ciertas normas que no pasan a la segunda versión: si como consecuencia de la información incorrecta o su falta, la otra parte podía considerar razonablemente que la empresa estaba asumiendo una obligación, ésta tendrá dicha obligación.

¹⁹² Esta indicación del artículo 30.2, que como dijimos *supra* no es más que una reiteración de lo ya contemplado en el artículo 15.4, no se recoge aquí en la versión del 3 de mayo, que únicamente la ubica en el artículo 15.3 (correspondiente al 15.4 de la segunda versión).

Finalmente, el artículo 70¹⁹³ recoge la *contractualización* de las declaraciones precontractuales realizadas por el comerciante sobre las características de los objetos a suministrar, en los términos que vimos en los artículos 6:101 PECL y sobre todo II-9:102 DCFR, recogiendo las excepciones e imperatividad contempladas en este último precepto.

El texto del Estudio de Viabilidad (principalmente la versión de 19 de agosto de 2011) es la base fundamental del denominado *Derecho de Compraventa Común Europeo*.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Derecho de Compraventa Común Europeo (CESL), de 11 de octubre de 2011¹⁹⁴, establece en primer lugar, en su artículo 9, que el comerciante que se relaciona con un consumidor, al margen de los deberes de información precontractual del CESL, deberá llamar su atención sobre la intención de aplicar el CESL previamente al acuerdo, proporcionándole la nota informativa del Anexo II de manera destacada. En caso de que el acuerdo para usar el CESL se celebre por teléfono o por otros medios que no hagan posible proporcionar al consumidor la nota informativa, o cuando el comerciante no la hubiera proporcionado, el consumidor no estará vinculado por el acuerdo hasta que haya recibido la confirmación del artículo 8.2 de la Propuesta¹⁹⁵ acompañada de la nota informativa y tras ello haya consentido expresamente al uso del CESL. Si la nota informativa se diera en forma electrónica, contendrá un *hyperlink* o una indicación de un sitio web en el que se pueda conseguir gratuitamente el texto del CESL.

Los deberes de información que recoge el CESL, y que complementan los establecidos por las leyes nacionales de transposición de la Directiva sobre servicios (art. 12 de la Propuesta), a los que antes nos referimos, vienen prácticamente a reiterar los recogidos en el Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos:

- a) Su artículo 13 reproduce sustancialmente el artículo 14 de la versión del Estudio de Viabilidad de 19 de agosto de 2011, con variaciones menores: «los bienes» (*the goods*) en vez del anterior «cualesquiera bienes» (*any goods*), «el precio total y recargos y costes adicionales» (*the total price and additional charges and costs*) en vez de «el precio y recargos adicionales» (*the price and additional charges*), «mecanismo de resolución alternativa de disputas» (*Alternative Dispute Resolution mechanism*) por «mecanismo de reclamaciones y compensaciones ex-

¹⁹³ Que reproduce el artículo 67 de la versión del 3 de mayo, con mínimas diferencias de redacción.

¹⁹⁴ Documento COM (2011) 635 final.

¹⁹⁵ Que establece que en las relaciones entre un comerciante y un consumidor el acuerdo de uso del CESL será válido sólo si el consentimiento del consumidor se da en una declaración expresa separada de la declaración que recoja el acuerdo de celebrar el contrato, debiendo el comerciante proporcionar al consumidor una confirmación de ese acuerdo en un soporte duradero.

trajudiciales» (*out-of-court complaint and redress mechanism*)¹⁹⁶... así como la sustitución de los números por letras en la identificación de los incisos del apartado 1. No obstante, el apartado 6 del artículo 14 del Estudio de Viabilidad, que atribuye al comerciante la carga de la prueba de haber proporcionado la información que prevé este artículo, desaparece en el artículo 13 CESL.

- b) El artículo 14 CESL se corresponde sustancialmente con el artículo 15 del Estudio, asimismo con variaciones menores, fundamentalmente en el orden de las palabras en algunas frases o la inclusión en el apartado 3 del inciso «en su caso» (*where applicable*). El apartado 4 del artículo 15 del Estudio (en caso de incumplimiento por la empresa del deber de dar esta información sobre los recargos y costes adicionales, el consumidor no deberá pagarlos) desaparece en el artículo 14 CESL, al pasar a contemplarse en el artículo 29.2. Por otra parte, en el título del artículo desaparece la referencia a que la información sobre el precio y recargos adicionales, materia tratada por el precepto, es «en la celebración de un contrato a distancia o fuera de los establecimientos comerciales con un consumidor» (pasando a ser únicamente «información sobre el precio y recargos y costes adicionales»), lo que no es relevante, ya que se inserta en la Sección 1.^a, dedicada precisamente a la información precontractual que debe dar el comerciante cuando esté negociando con un consumidor, y el precepto especifica que se refiere a la información del artículo anterior, que sí concretaba que se refería a contratos a distancia o fuera de los establecimientos comerciales.
- c) El artículo 15 CESL es idéntico al artículo 16 del Estudio.
- d) El artículo 16 CESL se corresponde con el artículo 17 del Estudio, diferenciándose de él —al que igual que vimos que sucedía con el art. 14 CESL— en la supresión en el título del artículo de la indicación «en la celebración de un contrato a distancia o fuera de los establecimientos comerciales con un consumidor», por las razones anteriormente indicadas; y en el añadido de un nuevo inciso d), que contempla, entre las informaciones a facilitar, la referente a la existencia en su caso de específicos códigos de conducta y cómo obtener copias de ellos.
- e) El artículo 17 CESL se corresponde con el artículo 18 del Estudio, salvo en que, curiosamente, pese a concurrir las mismas razones que en el artículo 14 y 16 CESL, no se ha suprimido en su título —tal vez por inadvertencia— la indicación «en la celebración de un contrato a distancia o fuera de los establecimientos comerciales con un consumidor».
- f) El artículo 18 CESL se corresponde con el artículo 19 del Estudio.

¹⁹⁶ Con ello se recoge la denominación actualmente más extendida (*Alternative Dispute Resolution, ADR*) para hacer referencia a los sistemas de mediación y arbitraje.

- g) El artículo 19 CESL se corresponde con el artículo 20 del Estudio, salvo pequeñas diferencias: así, en sus títulos se sustituye «ulterior» por «adicional», en su apartado 2 se especifica que se trata de medios *de comunicación a distancia* y el mismo se divide en dos apartados. El apartado 4, frente a la «declaración expresa» del apartado 3 del Estudio, especifica que el consentimiento del consumidor a la celebración del contrato deberá realizarse firmando el pedido o enviando su consentimiento escrito.
- h) El artículo 20 CESL es prácticamente idéntico al artículo 21 del Estudio.
- i) Los artículos 21 y 22 CESL son idénticos respectivamente a los artículos 22 y 23 del Estudio.
- j) El artículo 23 CESL se corresponde con el artículo 24 del Estudio, salvo en la supresión de la indicación «en contratos entre comerciantes» en su denominación, que realmente era redundante en cuanto que la Sección 2.^a se refiere en general a las relaciones entre comerciantes, y que en cualquier caso se especifica en su contenido; y el desarrollo de «suministro de bienes o servicios» por «venta de bienes, suministro de contenido digital o prestación de servicios relacionados» (curiosamente, se había omitido aquí el contenido digital y se integra entre los objetos de contrato).
- k) El artículo 24 CESL, que inicia la Sección 3.^a (que experimenta la mínima diferencia en su denominación de pasar de «contratos *a celebrar* por medios electrónicos» o «contratos *celebrados* por medios electrónicos»), se corresponde con el artículo 25 del Estudio. No obstante, se modifica su título, pasando de «deberes cuando los contratos se han de celebrar por medios electrónicos» a «deberes adicionales de proporcionar información en contratos a distancia concluidos por medios electrónicos» (lo que en cualquier caso se derivaba de su contenido), y se especifica que la «comunicación individual» a que se refiere el Estudio consiste en el «intercambio exclusivo de correo electrónico u otra comunicación individual», sustituyendo una expresión por la otra.
- l) El artículo 25 CESL se corresponde con el artículo 26 del Estudio, introduciendo mínimos cambios en su título, que pasa de «requisitos adicionales de información en contratos a distancia a celebrarse por medios electrónicos» a ser «requisitos adicionales en contratos a distancia celebrados por medios electrónicos», lo que resulta lógico dado que todo este capítulo se refiere a requisitos de información, y no hacía falta calificar los requisitos. A lo largo de su texto también se vuelve a sustituir la expresión «contrato a celebrar» por «contrato celebrado» (lo que es discutible, dado que se trata de requisitos precontractuales), junto a cambios terminológicos menores, como «confirma» por «reconoce», «correspondiente» por «similar», «formulación» por «expresión», «subpárrafo» por «párrafo»...

- m) Los artículos 26 y 27 CESL reproducen exactamente los artículos 27 y 28 del Estudio, respectivamente (salvo en la eliminación de la indicación «de las normas» referida a la naturaleza imperativa, indicación que realmente era superflua).
- n) El artículo 28 CESL (que constituye la Sección 4.^a) reproduce el artículo 29 del Estudio, salvo la mínima variación de sustituir «en cumplimiento» por «para cumplir».
- o) El artículo 29 CESL (que constituye la Sección 5.^a) se corresponde con el artículo 30 del Estudio, si bien simplifica su apartado 1 (pasando del complicado «cuando una parte ha dejado de cumplir cualquier deber impuesto por los arts. 14 a 29 y como consecuencia se ha celebrado un contrato que la otra parte no habría celebrado, o no había celebrado en los mismos términos, la primera parte es responsable por los daños causados a la otra parte por el incumplimiento. Se aplicarán los arts. 162, 163 y 164 con las adaptaciones apropiadas» al mucho más simple «la parte que haya dejado de cumplir con cualquier deber impuesto por este capítulo es responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por tal incumplimiento»). Por lo demás, salvo pequeños cambios terminológicos, su contenido es igual.
- p) Finalmente, el artículo 69 CESL reproduce el artículo 70 del Estudio, salvo las mínimas variaciones de sustituir «se convierte en cláusula contractual» (*becomes a contract term*) por «se incorpora como cláusula del contrato» (*is incorporated as a term of the contract*) y alterar el orden de algunas palabras.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La responsabilidad precontractual», en *RCDI*, núm. 485, julio-agosto de 1971, págs. 859-922.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xabier: «En torno a las obligaciones precontractuales de información», en *ADC*, T. LXII-II, 2009, págs. 647-711.
- BORDEN, Michael J.: «Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs», en *Missouri Law Review*, vol. 73, núm. 3, verano de 2008, págs. 667-705.
- CASTRO Y BRAVO, Federico DE: *El negocio jurídico*. Ed. Civitas. Madrid, 1985.
- CONTRERAS MAZARIO, José María: «La igualdad y la libertad religiosas en las relaciones de trabajo», en *Documentación Jurídica*, T. XVIII, núm. 70, abril-junio de 1991 (número monográfico).
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.^a ed. Ed. Civitas, Madrid, 2007.
- EIDENMÜLLER, Horst *et al.*: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*, T. LXII-IV, 2009, págs. 1461-1522.

- FENOY PICÓN, Nieves: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: aspectos generales. El incumplimiento», en *ADC*, T. LXIII-I, 2010, págs. 47-136.
- GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, 2.^a ed., Ed. Giuffrè, Milán, 2002.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Ed. Reus, Madrid, 2010.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *InDret*, núm. 2/2010, abril de 2010.
- GHESTIN, Jacques: «The Pre-Contractual Obligation to Disclose Information: French Report», en HARRIS, Donald y TALLON, Denis (eds.), *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989, págs. 151-166.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*. Ed. La Ley, Madrid, 1994.
- LASARTE, Carlos: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.^a ed. Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- KRAWIEC, Kimberly, D. y ZEILER, Kathryn: «Common-Law Disclosure Duties and the Sin of Omission: Testing the Meta-Theories», en *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 8, diciembre de 2005, págs. 1795-1888.
- KRONMAN, Anthony: «Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts», en *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 1978, págs. 1-34.
- LEVMORE, Saul: «Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts», en *Virginia Law Review*, vol. 68, 1982, págs. 117-160.
- MAZA GAZMURI, Íñigo DE LA: «Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual. Nota a la STS de 11 de julio de 2007», en *ADC*, T. LX-IV, 2007, págs. 1861-1865.
- «Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, T. XXXIV, primer semestre de 2010, págs. 75-99.
- «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», en *ADC*, T. LXIII-IV, 2010, págs. 1683-1723. Este artículo fue previamente publicado como «La función intersticial de la eficiencia: deberes precontractuales de información y casos realmente difíciles», en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, 27-5-2009, Universidad de California Berkeley, <http://escholarship.org/uc/item/3xj5c3rx>
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, T. XXXV-III, 1982, págs. 591-684.
- *El error en los contratos*, Ed. CEURA, Madrid, 1988.
- «Comentario a los artículos 1269 y 1270», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, T. XVII, vol. 1 B, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 378-440.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (dir.), *Derecho privado*

- européo y modernización del Derecho contractual en España, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, págs. 400-422.
- PANTALEÓN, Fernando: «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», en *ADC*, T. LXIV-III, julio-septiembre de 2011, págs. 897-929.
- PAZ-ARES, Cándido: «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843-2900.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del contrato de compra y venta*. Impr. J. Roger, Barcelona, 1841.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «El deber de información precontractual en las adquisiciones de empresas. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2010», en *RCDI*, núm. 727, septiembre de 2011, págs. 2964-2995.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: «Los vicios del consentimiento contractual», en LACRUZ BERDEJO, José Luis *et al.*, *Derecho de obligaciones (Elementos de Derecho Civil, T. II)*, vol. 1.º, 3.ª ed., Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 377-394.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus: *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHEPPELE, Kim Lane: *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*. University of Chicago Press. Chicago, 1988.
- SCHERMAIER, Martin Josef: «Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition», en SEFTON-GREEN, Ruth (ed.): *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2005, págs. 39-64.
- SEFTON-GREEN, Ruth: «How far can we go when using the English language for private law in the EU?», en *ERCL*, vol. 8, núm. 1, 2012, págs. 30-46.
- VALÉS DUQUE, Pablo: «La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 713-748.
- *La responsabilidad precontractual*, Ed. Reus. Madrid, 2012.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «Libro II. Contratos y otros actos jurídicos», en VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 99-161.
- VAN ERP, Sijf: «The Pre-Contractual Stage», en HARTKAMP, Arthur *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3.ª ed., Ed. Kluwer Law International, Nimega, 2004, págs. 363-380.
- VAN ROSSUM, Madeleine: «The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, núm. 3, 2000, págs. 300-325.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón DE: «El dolo *in contrahendo*», en *RdPat*, núm. 16 (2006-I), págs. 25-69.
- «La reticencia en la formación del contrato», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 11, enero de 2011, págs. 132-175.

ABREVIATURAS

ACQP	Principios del <i>acquis communautaire</i> (<i>Acquis Principles</i>), o Principios del Derecho contractual comunitario.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CESL	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un Derecho de Compraventa Común Europeo, de 11 de octubre de 2011 (<i>Common European Sales Law</i>).
D	Decreto.
DCFR	Proyecto de Marco Común de Referencia (<i>Draft Common Frame of Reference</i>).
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.
LSSICE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
PECL	Principios del Derecho Contractual Europeo (<i>Principles of European Contract Law</i>).
RD	Real Decreto.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
TS	Tribunal Supremo.

Las revistas se abrevian conforme a la terminología habitual.

RESUMEN

*DEBER DE INFORMACIÓN
PRECONTRACTUAL
MODERNIZACIÓN DEL DERECHO
DE OBLIGACIONES*

*En el presente trabajo pretendemos
analizar cuál es el régimen de los deberes*

ABSTRACT

*DUTY OF PRE-CONTRACT
INFORMATION
MODERNISATION OF THE LAW
OF OBLIGATIONS*

*This paper looks into the system of
rules surrounding the information that one*

de información previa que, en el marco de una futura relación contractual, necesariamente ha de aportar una parte a la otra (generalmente, pero no de modo exclusivo, en contratos de consumo por parte del empresario al consumidor).

A tal efecto, analizaremos cuál es ese tratamiento en la legislación actualmente vigente, tanto española, especialmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como europea; y cómo se abordó en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación.

Asimismo, estudiaremos el régimen de estos deberes de información precontractual en el ámbito del futuro Derecho privado europeo armonizado, tanto en el Proyecto de Marco Común de Referencia como en los recientes Estudio de Viabilidad del Grupo de Expertos y «Derecho de compraventa común europeo».

party to a future contractual relationship must necessarily give the other before the contract is made (generally, but not exclusively, information that a business must give a consumer before making a consumer contract).

Current legislation is examined to see how it deals with pre-contract obligations. This includes Spanish law, especially the Revised General Act on Consumer Defence, and European law. It also includes the approach taken by the Legislation Commission in the Proposal to Modernise the Civil Code in matters of Obligations and Contracts.

The Draft Common Frame of Reference, the recent feasibility studies of the Expert Group and Common European Sales Law are reviewed for a picture of how harmonised private European law will in future address the duties concerning pre-contract information.

Trabajo recibido el 22-1-2013 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)

Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores¹

por

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA²
Profesora Titular, Departamento Derecho Civil
Universidad de Granada

ÍNDICE

- I. EL NUEVO ESCENARIO INMUEBLE Y LA CRISIS ECONÓMICA QUE VIVE EL SECTOR. UN IMPULSO FAVORABLE PARA LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA Y PARA ACOMETER LAS OPORTUNAS REFORMAS LEGISLATIVAS NECESARIAS.
- II. LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA Y LOS «INMUEBLES» QUE PUEDEN SER OBJETO DE INVERSIÓN O APORTACIÓN NO DINERARIA POR PARTE DEL FII.
- III. LOS FONDOS DE INVERSIÓN: UN DURO COMPETIDOR AL AGENTE URBANIZADOR:

¹ Este trabajo de investigación se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+i DER 2010-19054, relativo a «Instrumentos jurídicos de mejora del acceso a la vivienda y de estímulo a la financiación y promoción inmobiliaria», cuyo investigador principal es don Antonio ORTÍ VALLEJO, a quien agradezco su invitación para participar en dicho proyecto y su apoyo incondicional para acometer cuantas actividades científicas se desarrollan en el mismo.

² Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y Miembro de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC), creada en el año 2006, reconocida por el MEC.

A) PLANTEAMIENTO.

B) ¿QUÉ ES EL AGENTE URBANIZADOR?

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO ESCENARIO INMUEBLE Y LA CRISIS ECONÓMICA QUE VIVE EL SECTOR. UN IMPULSO FAVORABLE PARA LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA Y PARA ACOMETER LAS OPORTUNAS REFORMAS LEGISLATIVAS NECESARIAS

Ahora que la crisis del sector inmobiliario acapara la atención de los analistas económicos, jurídicos y sociales. Ahora que se han ralentizado los ritmos de venta de las viviendas y que existe un importante número de ellas en *stock*. Ahora que las entidades financieras han endurecido sus condiciones para conceder créditos hipotecarios tanto a promotores inmobiliarios como a inversores (posibles compradores) y se han convertido, sin rubor, en «vendedores profesionales» incentivando económicamente a sus trabajadores para que lancen al mercado inmobiliario sus propios productos inmuebles. Unos vendedores profesionales que parecen estar dispuestos a hacerles la competencia (a nuestro juicio desleal) a las propias PYMEs —a quienes obstaculizan en lanzamiento de sus propios productos inmuebles lo que, en algunos casos, las está condenando a su ruina y a los trabajadores de la construcción, irremediablemente, al paro porque sus promotores o propietarios no logran colocar sus productos en el mercado inmobiliario salvo a muy bajos precios—. Ahora que los pequeños y medianos ahorradores están asustados y no se animan a invertir en ladrillo, ni a comprar, ni a vender; ahora que los promotores y promotores-construtores, ni construyen, ni promueven, ni desarrollan, urbanísticamente hablando, los suelos sujetos a proceso de urbanización y edificación; ahora, creemos, es un buen momento para insistir³ en alternativas ágiles que permitan salir de la crisis al sector por medio del fomento de la vivienda en alquiler profesionalizado, llevado a cabo a través de un Fondo de Inversión Inmobiliaria, o a través de la aportación no dineraria de inmuebles o suelos en *stock* al fondo de inversión español, siguiendo el modelo instaurado en Europa por los REIT's.

A modo de botón de muestra, detenemos nuestra atención en la noticia, reciente, de *El País*, periódico digital, publicada el pasado 23 de enero de 2012 (titulada, «El *stock* de casas sin vender se estanca en 818.000»), según la cual,

³ Parte de este trabajo de investigación se corresponde a nuestra publicación «Los fondos de inversión inmobiliaria y los bienes inmuebles que pueden ser objeto de su inversión y aportación no dineraria», en *Los fondos de inversión inmobiliaria: su papel como instrumento de estímulo de la vivienda en alquiler*, ed., Thomson, Aranzadi, S. A., 2009, págs. 53-97.

«Para este 2012, la previsión es que se generen 115.000 nuevas viviendas en España, lo que va a evitar —sumado a la caída demográfica española— que este sobrante de más de 800.000 viviendas se mantenga a lo largo del tiempo. Pero además, se prevé, para el 2015, a través de un estudio realizado que en 2015 solo se generen 450.000 familias en España»⁴.

En este «nuevo escenario inmueble» (que acabamos de radiografiar), se hace más necesario que nunca hallar alternativas nuevas de inversión rentables y seguras para los propietarios de dichos inmuebles o las PYMEs recuperen la confianza que han perdido, en gran parte más que justificada, en los Bancos y Cajas de Ahorro. Y es que, reconozcámoslo, hasta la fecha, dichos inversores no han sido reeducados en esta línea de inversión, a la vista de una legislación de incentivos fiscales y arrendaticia que sigue lastrando el destino del inmueble en alquilar y que sigue imponiendo trabas para invertir sus ahorros en ladrillo incluso a costa de preferir tenerlos vacíos.

Sin embargo, y como pronto tendremos ocasión de comprobar, estamos convencidos de que a través de una adecuada política de incentivos fiscales y una adecuada reforma legislativa que mejore no sólo las condiciones arrendaticias previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos (a partir de ahora, LAU) sino el tipo de inmuebles objeto de aportación no dineraria previstos en la Ley de instituciones de Inversión Colectiva (a partir de ahora, LIIC) ampliando los bienes inmuebles que pueden ser objeto de aportación no dineraria al fondo de inversión; los FII podrán convertirse en una alternativa sugerente para el inversor. Para ello, resulta imprescindible:

1. Que se equilibre la relación entre arrendador y arrendatario. Es decir, que la LAU incentive el arriendo de los inmuebles y devuelva la confianza perdida a los arrendadores —siguiendo el camino que la Comisión Nacional de Fomento de la Vivienda en Alquiler emprendió en su día—. Para ello, quizá haya que acometer necesarias reformas entre las que destacaríamos: el derecho de prórroga forzosa, que se permita la inscripción del arrendamiento como título valor a favor del FII a los efectos de proceder al desahucio por impago (agilización de esta manera del desahucio). Todas estas medidas podrían devolver la confianza a los arrendadores.
2. Que la LIIC y el Reglamento que la desarrolla continúen estando dispuestos a ampliar y flexibilizar, ya sea por vía legislativa o por medio de una interpretación extensiva, los límites impuestos a algunos bienes inmuebles de naturaleza urbana objeto de su inversión. Incluso, por qué no, que los FII puedan invertir en todo tipo de bienes inmuebles,

⁴ Para más información, vid., http://economia.elpais.com/economia/2012/01/23/actualidad/1327307584_850215.html

ampliando a todos los posibles inmuebles descubriendo posibilidades nuevas de inversión ofertadas por el mercado y permitiendo que los partícipes puedan aportar dichos inmuebles como modo de aportación no dineraria en el momento de su constitución o de su ampliación. Aportaciones e inversiones que se anuncian rentables y seguras a medio y largo plazo. Facilitar la financiación del FII mediante la emisión de títulos garantizados por sus derechos arrendaticios, profundizando en la reforma operada por el Real Decreto 215/2008, sería un gran acierto.

3. Que las leyes fiscales —en sus distintos tipos impositivos, Sociedades, transmisiones, IRPF e IVA—, incentiven la inversión y la aportación no dineraria a través de las desgravaciones fiscales o repercutiendo en impuestos indirectos que hoy parecen ser la clave, en parte, de la no reactivación de los FII como promotores inmobiliarios⁵. De lo contrario, continuará sucediendo lo que, ya en su día advertía nuestra doctrina, con acierto, que: «la rentabilidad media de los FI en España en los últimos 3, 5, 10 y 16 años (4,03, 2,81, 2,22 y 4,54 por 100) fue inferior a la inflación y a la inversión en bonos del Estado a cualquier plazo; sólo cuatro de los 935 fondos con diez años de historia proporcionaron a sus partícipes una rentabilidad superior al 12 por 100 y 26 fondos (siete de ellos garantizados) proporcionaron a sus partícipes una rentabilidad ¡negativa!»⁶.

Todas estas medidas permitirían que fuera surgiendo un mercado profesionalizado y competitivo de viviendas en alquiler. Y es que, en mi opinión, en este *cambio de inversión* y de *reeducación del inversor* (hay que hacerle apetecible —ofreciéndole rentabilidad y confianza en el destino del arriendo o el alquiler), creemos necesario, visto el contexto europeo— aportar de manera decidida por los FII. Un tipo de inversión colectiva que ya anunciamos en su día que podría salir reforzado en esta época de crisis que vive el sector pudiendo llegar a convertirse, incluso, en el producto estrella para dar salida rentable a ese gran número de viviendas construidas y en construcción con el que hoy se encuentran los inversores privados y las promotoras inmobiliarias dado el estancamiento que vive el sector. Pero no sólo eso. Los FII también pueden convertirse en un vehículo ágil y sugerente desde el punto de la aportación no

⁵ Y es que, el hecho previsto en la legislación fiscal de que para poder beneficiarse de una tributación del 1 por 100 en el Impuesto de Sociedades, el fondo debe destinar el 50 por 100 de su cartera a la compra de viviendas parece un desacierto. La ley establece un plazo de dos años para alcanzar este coeficiente.

⁶ En este sentido, GIL CORRAL, A. M.^a, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria desde la perspectiva financiera: rentabilidad y riesgo», en AA.VV., *Los fondos de inversión inmobiliaria: su papel como instrumento de estímulo de la vivienda en alquiler*, ed., Thomson, Aranzadi, S. A., 2009, pág. 243.

dineraria para desarrollar urbanísticamente hablando ese gran número de inmuebles cuyo desarrollo urbanístico se encuentra hoy expuesto al mejor postor: al agente urbanizador. O lo que es lo mismo, a cualquier tercero que sin ser propietario de los mismos puede llegar, tras su urbanización y posiblemente, por qué no, rehabilitación o edificación, a ser posible propietario de los mismos. Concebir en este contexto a los FII como una alternativa de gestión profesionalizada de bienes inmuebles de naturaleza urbana junto a las ventajas fiscales podría ser la alternativa a esta polémica figura, la del agente urbanizador, por medio de la coinversión mediante la aportación de los mismos en el momento de la constitución del FII o en un momento posterior, en el momento de la ampliación de capital, mediante aportaciones no dinerarias a tenor del artículo 62 del RIIC. Estos capitales inmuebles pueden resultar para el propio FII un mercado apetecible y rentable con el que, por fin, los FII españoles puedan despegar en el mercado inmueble.

Para que esto sea posible, para que el prototipo de inversión inmueble que interesa a los fondos de inversión inmobiliarios sea viable, estos vehículos de inversión colectiva han de estar dispuestos a adaptarse a los cambios que viene experimentando el sector; lo que exige revisar, en profundidad, el concepto de «inversión inmueble» susceptible de ser objeto de los fondos de inversión inmobiliaria a la luz de la LIC de 2003 y del Reglamento que la desarrolla de 2005.

Revisar la legislación que reglamenta los fondos de inversión desde el punto de vista de su objeto inmueble parece imprescindible. Y es que la legislación partió de un mínimo común denominador: restringir sistemáticamente hablando el abanico de posibles de bienes inmuebles descrito e imponer limitaciones a algunos bienes inmuebles posibles objeto de su inversión tras reformas legales en orden a ampliar el objeto inmueble. Así tuvimos ocasión de constatarlo al analizar el artículo 56 del RIIC; un precepto que, felizmente, fue modificado en 1999 en línea a ampliar el ámbito objetivo sobre el que pueden recaer los FII tratando de soltar algunos lastres que el legislador había impuesto a la vista de la tímida regulación de los FII que estableció.

Antes de la reforma llevada a cabo en el RIIC, el legislador estimó oportuno que los FII únicamente recayeran sobre inmuebles ya finalizados en régimen de propiedad (titularidad real plena). Lastres que soltó en dicha reforma legislativa pero que a la vista de la reglamentación actual del artículo 56 RIIC lo hizo a cambio de imponerles otros nuevos. Las exigentes restricciones y limitaciones impuestas a los FII cuando entre sus posibles objetos inmuebles participan en sociedades inmobiliarias [art. 56.1.a) RIIC] —siempre que la adquisición de aquella sea con el objeto de disolverla en el plazo de seis meses desde su adquisición y el inmueble sea objeto de arrendamiento a partir de ésta— inmuebles en construcción [art. 56.1.b) RIIC] que el edificio cuenta con licencia o autorización administrativa oportuna que sobre plano concede el ayuntamiento para proceder a edificar y que estas inversiones en inmuebles a través de compra

sobre plano y de compromisos de compra no podrán representar más del 40 por 100 del patrimonio, obras de rehabilitación o promoción de viviendas —hipótesis inversoras en las que no pueden superar el 20 por 100 del activo y siempre y cuando las obras sean contratadas por un tercero— no dejan de ser sino lastres que nuestros fondos de inversión están soltando y que denotan, en parte, no sólo una clara opción del legislador de restringir el ámbito objetivo del FII sino también el miedo con el que el legislador acomete la regulación objetiva de los fondos de inversión inmobiliaria —una regulación que cree dominar y conocer pero que demuestra impone importantes y serias distancias frente a la regulación exhaustiva y adecuada que sobre los mobiliarios realiza—.

Pero el mayor desacierto que condena a los FII a ser una institución de inversión colectiva no sugiere lo constituye, en nuestra opinión, el hecho de que no se diga explícitamente y de manera inequívoca que entre los bienes inmuebles de naturaleza urbana susceptibles de inversión —rúbrica con la que comienza el art. 56 del RIIC— se encuentran los solares (o lo que es lo mismo, los suelos urbanos aptos para edificar), los suelos urbanizables (o lo que es lo mismo, los suelos sujetos a proceso de urbanización y, por qué no, los aprovechamientos urbanísticos que hoy constituyen finca registral y que no creo nadie podría poner en duda su importante valor patrimonial. Una inversión permitida en otros fondos europeos, porque mientras en los fondos inmobiliarios alemanes, suizos o franceses pueden adquirir terrenos y llevar a cabo operaciones de promoción inmobiliaria en los fondos españoles se pone en tela de juicio esta posibilidad. De hecho, que conozcamos, no existe aún ningún fondo de inversión cuyo objeto inmueble sean edificios en construcción destinados a la promoción, o solares sujetos a proceso de edificación o suelos sujetos a proceso de urbanización. La razón, se nos escapa porque desde el punto de vista de las enormes ventajas y rentabilidades que dichas inversiones inmuebles pueden plantear no sólo para la sociedad gestora inmobiliaria sino para los propios partícipes quienes, seguro, contarán con una gestión profesional rentable y segura.

En mi opinión, el legislador, desconocedor de las particularidades que presentan este tipo de fondos se quedó corto al ampliar los bienes inmuebles susceptibles de inversión. Entiéndasenos bien. En su día, la ampliación del objeto inmobiliario resultó un enorme avance. Un avance que se ha traducido insuficiente a la vista de los acontecimientos y de las nuevas necesidades que requiere el nuevo escenario que hemos descrito y que estamos viviendo. Acaso una regulación futura, de reforma, amplíe el ámbito objetivo inmueble de los fondos de inversión. Mientras tanto, conformémonos con la interpretación que, en su día propuesta y sobre la que insistiremos más adelante, pueda suponer una alternativa posible para dar salida al *stock* de viviendas que hoy se encuentra en manos de los propios Bancos y del inversor.

II. LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA Y LOS «INMUEBLES» QUE PUEDEN SER OBJETO DE SU INVERSIÓN O APORTACIÓN NO DINERARIA POR PARTE DEL FII

Los fondos de inversión inmobiliaria constituyen una institución de inversión colectiva que ha dado mucho que hablar en nuestra doctrina civilista y mercantilista, parte de la cual ha centrado su atención en esta institución de inversión colectiva⁷. Se constituye con las aportaciones realizadas por diversos inversores llamados partícipes, administrado por una sociedad gestora, responsable de la administración y gestión del mismo. Junto a los partícipes y a la sociedad gestora existe una entidad depositaria que custodia los valores y ejerce funciones de vigilancia y garantía ante los inversores. Las actuaciones tanto de la gestora como de la depositaria son reguladas por la CNMV. Lo dicho se deriva de la definición legal que ofrece el artículo 3 de la LIIC, según el cual: «son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores (...), cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del Fondo (...)».

⁷ Sin ánimo exhaustivo, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: AA.VV., *Los fondos de inversión inmobiliaria: su papel como instrumento de estímulo de la vivienda en alquiler*, ed., Thomson, Aranzadi, S. A., 2009; AA.VV., «Fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria», en *Actualidad Financiera*, núms. 2 y 3, 2007; DEL TRONCO, B., «La revolución del REIT's. Una alternativa al ladrillo tradicional que barre Europa», en *Invertida* (19-3-07); SEBASTIAN, A., *Real Estate Investment Trust (REIT). Certified Alternative Investments Analyst Program 2007*, Instituto de Estudios Financieros, 2007; JUANES, T.: «Los Reits, más cerca de los inversores españoles», en [http://www. CincoDias.com](http://www.CincoDias.com) (3-11-2007); MÉNDEZ SERRANO, M. del M., *Los fondos de inversión y el arrendamiento de viviendas*, ed., La Ley, 2007; ORTÍ VALLEJO, A., y GARCÍA GARNICA, M. C., «Los fondos de inversión colectiva: aproximación a su régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 690, 2005, págs. 1221-1268; LARRAURI ESTEFANÍA, M., y AHUMADA CARAZO, R., «Los fondos de inversión inmobiliaria españoles en un entorno global», en *Actualidad Financiera*, 2000 SEP; V (9), págs. 3-18; KARL H. LINKE, *Los fondos inmobiliarios extranjeros y el auge del mercado inmobiliario en España*, <http://www.mariscal-abogados.com/doc/inmomariscal.pdf>; LÓPEZ PENABAD, C., y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L., «Los fondos de inversión inmobiliaria: nuevas posibilidades de desarrollo», en *Actualidad Financiera*, 1999, octubre, núm. 4 (10), págs. 43-53; TAPIA HERMIDA: «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», en *RDBB*, núm. 32, 1988; MARTÍN PAOLANTINIO, *Fondos comunes de inversión. Mercado financiero y mercado de capitales. Securitización o titulización*, Depalma, 1994 (separata de actualización publicada en mayo de 1995). Depalma, 1994 (separata de actualización publicada en mayo de 1995); MORENO SANTOS, C., «Los fondos de inversión inmobiliaria en España», en *Revista Bolsa de Madrid*, 1999, FEB, núm. 74, págs. 16-18; PASTOR, C., *Los Fondos de Inversión Inmobiliaria despegan, la normativa que regula los FII amplía sus posibilidades de inversión y permite obtener más rendimientos*, núm. 184, domingo 12 de septiembre de 1999, <http://www.el-mundo.es/sudiner/99/SD184/SD184-06.html>; TORRENT CANALETA, M., y MARTÍNEZ LACAMBRA, A., «Los fondos de inversión colectiva y el plan de viviendas», en *Actualidad financiera*, ISSN: 0213-6929, año núm. 2, núm. 3, 1997 (ejemplar dedicado a: Fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria), págs. 79-100.

Y es que los Fondos de Inversión Inmobiliaria, instrumentos de inversión colectiva, están especializados en la inversión de productos inmobiliarios: viviendas, oficinas, centros comerciales y/o de ocio, edificios industriales, etc. Invertir en inmuebles puede resultarle tremendamente apetecible al pequeño y mediano inversor —partícipe, quien ganará por dos vías: por el cobro de rentas a los arrendatarios y el aumento del valor de las viviendas en cartera del fondo—. Un inversor a quien, en principio, este tipo de inversiones le estarán vedadas y que, sin embargo, y gracias a las ventajas que supone invertir de manera colectiva en una sociedad de inversión (no financiera) puede superar, con creces, los inconvenientes ofreciendo al inversor (partícipe) una gestión profesional y especializada cuyos costes (que podrían llegar a ser excesivos para el inversor individual) son distribuidos entre la colectividad de inversores. Una inversión que cuenta, además, con una supervisión pública de la gestión por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; todo lo cual constituye, se supone, una garantía adicional para quienes como el pequeño, mediano o gran inversor no pueden contar con un asesoramiento especializado.

El artículo 56 del RIIC determina cuáles son los inmuebles de naturaleza urbana en los que puede invertir los FII, mientras que los artículos 60.1.º y 2.º y el artículo 63.2.º RII establecen la posibilidad de que los FII en el momento de su constitución o en el de la ampliación del capital, los partícipes realicen *aportaciones no dinerarias* al fondo:

Dice el artículo 56 RIIC, que: «1. Las IIC inmobiliarias son aquellas de carácter no financiero que tienen por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. A los efectos previstos en este reglamento, se considerarán inversiones en inmuebles de naturaleza urbana: a) Las inversiones en inmuebles finalizados. Se entenderán incluidas en este párrafo las inversiones en una sociedad cuyo activo esté constituido mayoritariamente por bienes inmuebles, siempre que la adquisición de aquella sea con el objeto de disolverla en el plazo de seis meses desde su adquisición y el inmueble sea objeto de arrendamiento a partir de ésta. Se entenderán también incluidas las inversiones en entidades de arrendamiento de viviendas referidas en el capítulo III del título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Asimismo, se incluyen en este párrafo a las inversiones en una sociedad cuyo activo esté constituido mayoritariamente por bienes inmuebles, siempre que los inmuebles sean objeto de arrendamiento. La totalidad de las inversiones en las sociedades descritas en este párrafo no podrá representar más del 15 por ciento del patrimonio de la IIC. b) Las inversiones en inmuebles en fase de construcción, incluso si se adquieren sobre plano, siempre

que al promotor o constructor le haya sido concedida la autorización o licencia para edificar. c) La compra de opciones de compra cuando el valor de la prima no supere el cinco por ciento del precio de ejercicio del inmueble, así como los compromisos de compra a plazo de inmuebles, siempre que el vencimiento de las opciones y compromisos no supere el plazo de dos años y que los correspondientes contratos no establezcan restricciones a su libre transmisibilidad. d) La titularidad de cualesquiera otros derechos reales sobre bienes inmuebles, siempre que les permita cumplir su objetivo de ser arrendados. e) La titularidad de concesiones administrativas que permita el arrendamiento de inmuebles. 2. Estas inversiones en inmuebles a través de compra sobre plano y de compromisos de compra no podrán representar más del 40 por 100 del patrimonio; a los efectos de este límite, los compromisos de compra se valorarán por el precio de compra pactado de los inmuebles objeto del contrato. La inversión en opciones de compra no podrá superar el 10 por 100 del patrimonio; a los efectos de este límite, las opciones de compra se valorarán por la prima total pagada. En lo concerniente a la adquisición de inmuebles de viviendas acogidas a algún régimen de protección pública, se estará a la legislación especial que resulte de aplicación. 3. Las inversiones en inmuebles que integren el activo de estas instituciones habrán de ser inscritas, cuando sea procedente, a su nombre en el Registro de la Propiedad. 4. En ningún caso, la IIC podrá explotar el negocio y servicios anexos a los inmuebles integrantes de su activo, más allá del arrendamiento del local. 5. Los bienes inmuebles que integren el activo de las IIC inmobiliaria no podrán enajenarse hasta que no hayan transcurrido tres años desde su adquisición, salvo que medie, con carácter excepcional, autorización expresa de la CNMV».

El tenor literal de este precepto hemos de analizar junto a los artículos 60 y 63 del RIIC, según los cuales:

Dice el artículo 60 del RIIC, relativo a la inversión en inmuebles y liquidez, que: «1. Las sociedades de inversión inmobiliaria invertirán, al menos, el 90 por 100 del promedio anual de saldos mensuales de su activo en bienes inmuebles en los términos del artículo 56. El resto del activo podrán tenerlo invertido en los valores admitidos a cotización en bolsas de valores o en otros mercados o sistemas organizados de negociación a los que se refiere el artículo 36. 2. Los fondos de inversión inmobiliaria deberán ajustar la inversión de su activo a las siguientes reglas: a) Al menos el 70 por 100 del promedio anual de saldos mensuales deberá estar invertido en bienes inmuebles

en los términos del artículo 56.1.b). Deberán mantener un coeficiente de liquidez mínimo del 10 por 100 del activo total del mes anterior. El cumplimiento del coeficiente se limitará a los meses en los que exista derecho de reembolso de los partícipes y se calculará sobre la base del promedio diario del coeficiente a lo largo del mes. Este coeficiente deberá materializarse en efectivo, depósitos, cuentas a la vista en una entidad de crédito o en activos o instrumentos de renta fija con plazo de vencimiento o remanente de amortización inferior a dieciocho meses y compraventas con pacto de recompra de valores de deuda pública, siempre que se negocien en mercados secundarios de los previstos en el artículo 36.1.a). El resto del activo únicamente podrá estar invertido en los valores a que se refiere el apartado 1. El porcentaje previsto en el párrafo a) vendrá referido al valor que resulte de los bienes, derechos y valores al final de cada mes, de conformidad con las reglas de valoración que a los efectos establezca el ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, la CNMV. Para comprobar si se cumple el porcentaje, el cálculo se realizará al final de cada año, como media de los saldos al final de cada mes del ejercicio, sin que se considere en dichos saldos, a los efectos del citado porcentaje, si la sociedad gestora así lo decide, las aportaciones realizadas por los partícipes en los veinticuatro meses precedentes a cada una de las fechas consideradas en su cálculo».

Y añade el artículo 63, párrafos 2.º y 4.º del RIIC, relativo al régimen de los fondos de inversión inmobiliaria, que: «2. Las aportaciones para la constitución o ampliación del patrimonio podrán efectuarse también en inmuebles. En el caso de la aportación de inmuebles para la constitución, se deberá reflejar dicha operación en la memoria explicativa de la institución presentada con carácter previo a la autorización del proyecto de constitución; en el caso de que se trate de aportaciones posteriores a la constitución, la información se recogerá en el informe trimestral del fondo inmediatamente posterior a la operación. Los reglamentos de los fondos podrán limitar la proporción de la aportación que se podrá realizar en especie, así como imponer limitaciones a los partícipes que hayan efectuado menos de un porcentaje de su aportación en efectivo y deseen obtener el reembolso de su participación antes de un plazo determinado; también podrán aplicar descuentos a favor del fondo en estos casos. 4. Los bienes inmuebles y derechos en que se invierta deberán tasarse al menos una vez al año y, en todo caso, en el momento de su adquisición, aportación al fondo o venta. En el caso de venta, bastará con que dichos bienes o derechos se hubiesen tasado en los seis meses anteriores. Las tasaciones serán realizadas conforme a los criterios y periodicidad

establecidos expresamente en el reglamento de gestión de los fondos. En el caso de adquisición, los bienes inmuebles se tasarán por primera vez dentro de los doce meses siguientes a su adquisición, en aquel mes en el que haya menor patrimonio inmobiliario cuya tasación corresponde realizar, con las excepciones expresamente previstas en el folleto informativo».

Tal y como se desprende de la regulación legal y reglamentaria que acabamos de transcribir, hoy por hoy, en nuestra opinión, el producto estrella de inversión de los Fondos de inversión inmobiliaria son los edificios ya finalizados. Fundamentalmente los Centros Comerciales, etc. Junto a los Centros Comerciales otros inmuebles apetecibles de inversión para el Fondo lo son las viviendas de primera y segunda residencia, las residencias de estudiantes y las residencias de la 3.^a edad. A diferencia del régimen anterior en el que sólo permitía a los FII adquirir edificios terminados y en propiedad⁸, se ampliaron los tipos de derechos de carácter inmobiliario que pueden configurar el patrimonio del Fondo. Así, se prevé, expresamente, a partir de la reforma operada en el RIIC en el año 1999, que los FII adquieran inmuebles en sus diferentes fases de construcción, incluso aunque estén sólo sobre plano⁹, que inviertan, también, en opciones de compra sobre inmuebles¹⁰ y en derechos reales inmobiliarios distintos del dominio y concesiones administrativas que confieran la facultad de arrendar inmuebles¹¹.

La reforma de 1999 del RIIC «soltó», qué duda cabe, algunos lastres a que estaba sometida la normativa sobre FII de 1992. Sin embargo, en dicha reforma se impusieron nuevas limitaciones, exigencias o restricciones para cuando la

⁸ En su redacción originaria, el artículo 72.1 del RIIC se limitaba a establecer como objeto exclusivo de los FII la inversión en inmuebles para su directo arrendamiento, lo que unido al régimen fiscal que sólo se refería al alquiler de viviendas, planteaba serias dudas en cuanto a la posibilidad de que los FII pudiesen adquirir activos distintos de edificios ya construidos.

⁹ Tras la modificación introducida por la Ley 20/1998, así lo disponía el artículo 33.6, letra c), de la LIIC de 1984. En la actualidad, así lo dispone el artículo 72.2, letra b), del RIIC (reformado por el RD 1393/1999), estableciendo la obligatoriedad en este caso de que el constructor o promotor que venda el inmueble haya obtenido la preceptiva licencia para edificar. Además, a los efectos de conseguir beneficios fiscales en este caso el artículo 75 bis.1, letra a), del RIIC exige que el inmueble en construcción adquirido tenga entidad registral mediante la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que rectamente interpretado ha de entenderse en el sentido de que esté inscrita la obra nueva en construcción (cfr. arts. 208 LH y 308 RH).

¹⁰ El artículo 72.2.c) del RIIC adicionalmente exige que el valor de la prima no supere el 5 por 100 del precio del inmueble, así como que el vencimiento de la opción no supere el plazo de dos años y que los correspondientes contratos no establezcan restricciones a su libre transmisibilidad.

¹¹ Cfr. artículo 72.2.d) y e) del RIIC. Entre las titularidades reales que permitirían el arrendamiento estarían el derecho de usufructo y el de superficie.

inversión en inmuebles ya finalizados del FII participan en sociedades inmobiliarias [art. 56.1.a) RIIC] —siempre que la adquisición de aquella sea con el objeto de disolverla en el plazo de seis meses desde su adquisición y el inmueble sea objeto de arrendamiento a partir de ésta— o *inmuebles en construcción* [art. 56.1.b) RII] —que el edificio cuenta con licencia o autorización administrativa oportuna que sobre plano concede el ayuntamiento para proceder a edificar y que estas inversiones en inmuebles a través de compra sobre plano y de compromisos de compra no podrán representar más del 40 por 100 del patrimonio¹², obras de rehabilitación o promoción de viviendas— hipótesis inversoras en las que no pueden superar el 20 por 100 del activo y siempre y cuando las obras sean contratadas por un tercero.

La regulación de los FII ha ido mejorando poco a poco. Lo mismo podemos decir acerca de las reformas operadas en relación a las posibles inversiones en inmuebles de naturaleza urbana de los FII. A diferencia del régimen anterior que sólo permitía a los FII adquirir edificios terminados y en propiedad¹³, se ampliaron los tipos de derechos de carácter inmobiliario que pueden configurar el patrimonio del Fondo. Así, se prevé expresamente que los FII adquieran inmuebles en sus diferentes fases de construcción, incluso aunque estén sólo sobre plano¹⁴, que adquieran opciones de compra sobre inmuebles¹⁵ y derechos reales inmobiliarios distintos del dominio y concesiones administrativas que confieran la facultad de arrendar inmuebles¹⁶.

¹² A los efectos de este límite, los compromisos de compra se valorarán por el precio de compra pactado de los inmuebles objeto del contrato. La inversión en opciones de compra no podrá superar el 10 por 100 del patrimonio; a los efectos de este límite, las opciones de compra se valorarán por la prima total pagada. En lo concerniente a la adquisición de inmuebles de viviendas acogidas a algún régimen de protección pública, se estará a la legislación especial que resulte de aplicación.

¹³ En su redacción originaria, el artículo 72.1 del RIIC se limitaba a establecer como objeto exclusivo de los FII la inversión en inmuebles para su directo arrendamiento, lo que unido al régimen fiscal que sólo se refería al alquiler de viviendas, planteaba serias dudas en cuanto a la posibilidad de que los FII pudiesen adquirir activos distintos de edificios ya construidos.

¹⁴ Tras la modificación introducida por la Ley 20/1998, así lo disponía el artículo 33.6, letra c), de la LIIC de 1984. En la actualidad, así lo dispone el artículo 72.2, letra b), del RIIC (reformado por el RD 1393/1999), estableciendo la obligatoriedad en este caso de que el constructor o promotor que venda el inmueble haya obtenido la preceptiva licencia para edificar. Además, a los efectos de conseguir beneficios fiscales en este caso el artículo 75 bis.1, letra a), del RIIC exige que el inmueble en construcción adquirido tenga entidad registral mediante la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que rectamente interpretado ha de entenderse en el sentido de que esté inscrita la obra nueva en construcción (cfr. arts. 208 LH y 308 RH).

¹⁵ El artículo 72.2.c) del RIIC adicionalmente exige que el valor de la prima no supere el 5 por 100 del precio del inmueble, así como que el vencimiento de la opción no supere el plazo de dos años y que los correspondientes contratos no establezcan restricciones a su libre transmisibilidad.

¹⁶ Cfr. artículo 72.2.d) y e) del RIIC. Entre las titularidades reales que permitirían el arrendamiento estarían el derecho de usufructo y el de superficie.

III. LOS FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA: UN DURO COMPE- TIDOR AL AGENTE URBANIZADOR

A) PLANTEAMIENTO

Prohibir que el FII realice actividades de promoción inmobiliaria como determinaba el Real Decreto de 1999 (a diferencia de lo que se permite en los REIT's) fue, en nuestra opinión, un lastre injustificado y falto de visión de futuro, tal y como lo demuestra el hecho de que, en la actualidad, la paralización del sector de la construcción arroja como resultado un importante número de viviendas e inmuebles en *stock*. Y es que, ligada al fondo de inversión, se podía constituir una empresa promotora ligada al grupo al que pertenece el fondo, dedicada precisamente a la promoción de inmuebles y venta al fondo una vez obtenida la licencia. Quizá por ello, años después, en las posteriores reformas operadas al RICC en los años 2005, 2007 y 2008, dicha prohibición fue eliminada.

Permitir que los FII realicen actividades de promoción es un hecho esperado y aplaudido por nosotros —como pusimos de manifiesto en el Simposio Internacional de Fondos de Inversión celebrado dos meses después de que se aprobara dicha normativa reglamentaria en el Paraninfo de nuestra Facultad— en la medida en que dicha posibilidad acompañada con las oportunas medidas fiscales puede permitir que nuestros Fondos Inmobiliarios «convenzan» al inversor. Despeguen; en definitiva, evitando que España siga siendo un caldo de cultivo para los REITS. Sin embargo, que conozcamos no existe aún ningún fondo de inversión promotor. Acaso las ventajas fiscales no resulten suficientes. Acaso la medida no cuente con los beneficios fiscales esperados.

De estar dispuestos los gestores de los fondos de inversión a dar este importante giro en los objetos tradicionales de su inversión para adaptarse a las nuevas circunstancias que impone el mercado inmobiliario los FII, en nuestra opinión, los FII pasarían a hacerse un hueco en dicho sector; lo que les permitiría, por fin, despegar, remontar y parangonarse con algunos de los fondos europeos suizos, alemanes, o franceses.

Para estimar interesante nuestra propuesta no se nos pida que garanticemos que el FII y con él los copartícipes de la inversión van a soportar los mínimos riesgos porque sostener como cierta esta afirmación sería engañarles. A mayor rentabilidad, mayor riesgo. Y viceversa. Esta es simplemente una de las «leyes de la economía». En efecto, las inversiones arriesgadas siempre han sido en el mercado (inmueble o mueble) consideradas como las más rentables. Ciertamente es que en esta propuesta estamos incrementando los riesgos a que se enfrenta la gestora del fondo de inversión inmueble en calidad no sólo de arrendataria o promotora sino como urbanizadora. En efecto, los conceptos de rentabilidad y riesgo son directamente proporcionales. Y es que, a mayor riesgo, mayor rentabilidad. Y viceversa. Tema distinto será, pues, resolver los posibles riesgos

que dicha operación conlleva, como consecuencia de ser el FII promotor de edificios: ¿Quién asume las responsabilidades civiles o penales derivadas de vicios o defectos de construcción contenidas en la LOE (*ex art.* 17) y en el Código Civil (*ex arts.* 1591.1.º y 2.º, 1101, 1902 y 1909 y sigs. del CC) y en materia de prevención de riesgos laborales (*ex arts.* 42 y sigs. LPRL, 316 y 317 CP, 1902 CC, etc.)?

Tampoco se nos diga que soportar la inversión hasta el momento de la puesta en alquiler de los inmuebles parece imposible. No sólo no lo es, especialmente, cuando no resulte imprescindible realizar desembolsos iniciales de capital; lo que sucederá cuando los copartícipes del fondo aporten al mismo bienes inmuebles susceptibles de ser promovidos, urbanizador y edificios. Sino, además, porque el importe del crédito hipotecario para afrontar el proceso edificatorio se podrá ver sufragado por los alquileres de los inmuebles en cuestión. Recordemos, además, que la rentabilidad en estos casos a pesar de ser a medio o largo plazo es posible soportarla porque, como sabemos, la diversificación de los riesgos e inversiones en el FII está asegurada por imperativo legal. Basta estudiar el régimen jurídico de los FII que imponen los artículos 60, 61 y 62 RIIC y comprobarlo.

Pero además, permitir que el FII sea promotor supone convertirle en un duro rival frente al, temido y temible, agente urbanizador (figura polémica donde las haya). Un competidor profesional capaz de poner fin a tanta especulación como la hasta ahora vivida en dicho sector. Únicamente así, la urbanización, la edificación y el arrendamiento profesionalizado estaría realmente garantizado. Una garantía clara para el inversor. También para el propietario de suelo y el propietario de los inmuebles ya edificados. Y es que, el Fondo de Inversión puede ofrecer al propietario de dichos inmuebles una fuente nueva de financiación ahora que los Bancos han dado un paso atrás en su tasación y en su inversión. Ahora que los inversores no confían en las entidades crediticias porque temen perder con ellas, gran parte de sus ahorros, y ahora que el nuevo Real Decreto 215/2008, de 15 de febrero, por el que se modifica el artículo 59 del Real Decreto 1209/2005, permite a las IIC financiar la adquisición de inmuebles (incluidos, también, los acogidos al régimen de protección pública) con garantía de hipoteca, con las limitaciones establecidas en el párrafo 2.º del precepto citado; dicha financiación podrá servir para proceder a la rehabilitación de edificios y a la promoción de los mismos. De esta manera, los propietarios de inmuebles sujetos a proceso de urbanización podrían encontrar en los FII un buen aliado. Y es que, puestos a que sea otro el que urbanice y edifique nuestros suelos parece preferible que el propietario elija y ponga su confianza en la sociedad inmobiliaria que estime conveniente y no que se vea expuesto como sucede hoy día a la mejor postura del agente urbanizador.

Permitir que los FII sean promotores fue, sin duda, uno de los mayores aciertos. Y es que, los FII también pueden convertirse en un vehículo ágil y sugerente desde el punto de la aportación no dineraria para desarrollar urbanís-

ticamente hablando ese gran número de inmuebles cuyo desarrollo urbanístico se encuentra hoy expuesto al mejor postor: al agente urbanizador. O lo que es lo mismo, a cualquier tercero que sin ser propietario de los mismos puede llegar, tras su urbanización y posiblemente, por qué no, rehabilitación o edificación, posible propietario de los mismos. La rentabilidad de las fincas sujetas a proceso de urbanización y la complejidad que para sus propios titulares la incorporación al proceso urbanístico comporta. Y es que el proceso de transformación de la tierra, sea cual sea el proceso de gestión urbanística escogido (compensación, reparcelación, transferencias de aprovechamiento urbanístico, expropiación, directa o indirecta, agente urbanizador, resulta innegable), hasta la fecha, las ventajas económica han sido innegables.

B. ¿QUÉ ES EL AGENTE URBANIZADOR?

Para evitar que los particulares pertenecientes a una Unidad de Ejecución de Suelo Urbanizable se hagan los remolones en la creación y desarrollo de una Junta de Compensación o de reparcelación, se permite, en nuestra legislación urbanística autonómica, en el artículo 117 A) LOUA la posibilidad de que un tercero, el agente urbanizador (propietario o no de suelo perteneciente a la Unidad de Ejecución) pueda proceder a urbanizar suelos que no son suyos, a cambio de cuya gestión termina siendo propietario de unidades de aprovechamiento urbanístico materializables en dichos suelos. El agente urbanizador es considerado, pues, como un empresario especializado en la gestión de las infraestructuras y servicios urbanos, siendo responsable de ejecutarlas y/o contratarlas en los plazos y con las calidades, costes y demás compromisos que fije el Ayuntamiento, financiando dichas obras contra su repercusión a los propietarios de terrenos, que habrán de satisfacer su importe bien en metálico, bien en aprovechamiento. Puede ser agente urbanizador: cualquier persona física o jurídica, pública o privada, propietaria o no de suelo, que esté interesada en asumir la gestión de la actividad urbanizadora. Tan solo se le exige la suficiente solvencia técnica, económica y financiera.

Un tercero por tanto, puede presentar un plan concreto de urbanización al ayuntamiento, y si éste se lo aprueba le acaba convirtiendo en una especie de Junta de Compensación monopersonal. Así se dirigirá a los propietarios del suelo y les dirá cuanto tiene que acoquinar en metálico y cuanto tiene que ceder en superficie para el ayuntamiento, instalaciones públicas, viales y demás. Si el particular no quiere o no puede seguro que le encuentra un comprador a un precio irrisorio o admite pago en especie (terrenos). Este agente urbanizador es el que se hará cargo de la gestión financiera y técnica del proyecto. Su beneficio deriva de los honorarios que les pase a esos clientes forzosos que no le han contratado, así como del suelo que se haya dedicado a recoger en esos proyectos.

Esta figura ha sido admitida en nuestra legislación urbanística autonómica, en la LOUA, en el artículo 117 A) LOUA, siguiendo la regulación urbanística valenciana contenida en los artículos 122.2.f) y g), 162, 163 y 165 LUV. Figura por la que parece haber apostado de manera decidida la cuarta la LS 2007 (tengamos en cuenta que el novedoso estatuto jurídico de la propiedad urbana, prototipo por excedencia de bien inmueble sobre el que recae una inversión pretendidamente ventajosa, contenido en la reciente reforma legislativa llevada a cabo en virtud de la nueva Ley estatal del Suelo de 2007, desarrollada por el RDL de 2008 del suelo que tras seis reformas legislativas sigue hoy en vigor).

Los supuestos en que puede intervenir el agente urbanizador son, entre otros, los siguientes:

1. Instando la sustitución del sistema de compensación por incumplimiento.
2. En el supuesto anterior, instando la gestión indirecta del sistema de expropiación por concesión.
3. Formulando alternativa a la iniciativa presentada por otro agente en el concurso convocado al efecto (es decir a iniciativa particular).
4. Presentando oferta al concurso convocado para la gestión indirecta del sistema de expropiación a iniciativa de la Administración.
5. Presentando oferta al concurso convocado para la gestión indirecta del sistema de cooperación a iniciativa de la Administración.
6. Presentando la iniciativa para el establecimiento del sistema de compensación antes que los propietarios.
7. Presentando una propuesta a la iniciativa de otro agente en el sistema de compensación.

Con esta figura, de dudosa legalidad, tal y como se corroboró en la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, dictada en el Asunto C-399/98, Proyecto Scala 2001 —Milán—, hoy por hoy nos seguimos preguntando: ¿se evita el monopolio? En nuestra opinión, pesan más los aspectos negativos que los positivos en dicha opción. Y es que, creemos, en la práctica, mediante el recurso al agente urbanizador cambia, simplemente, tiene «la sartén por el mango». De tener la sartén por el mango los propietarios de los terrenos pasan a tenerla las empresas urbanísticas. Se desliga el derecho a urbanizar del derecho de propiedad, vaciándolo, en nuestra opinión, de contenido. Se crea una nueva casta de terratenientes urbanísticos, ya que no cualquiera puede conformar una empresa que cumpla la función de agente urbanizador, y es que para su gestión necesitan, básicamente, tres cosas: capacidad financiera, conocimientos técnicos, contactos políticos. O lo que es lo mismo, empresas participadas por entidades financieras, despachos de abogados y arquitectos, agentes de los partidos, y por supuesto, en ocasiones, promotores que ven la posibilidad de conseguir así suelo de una manera más barata que lidiando con

ese propietario de suelo que ya no traga con cualquier cosa. Esos propietarios que por incumplir con su obligación de incorporarse al proceso urbanístico y edificatorio pueden ser sustituidos por el agente urbanizador.

En mi opinión, puestos a elegir, prefiero a esos propietarios que han heredado sus tierras generación tras generación, o que se la han jugado y han soltado su dinerito comprando esos terrenos, que a estos defensores de la ¿competencia? en los despachos municipales y en las alcantarillas del poder. En este sentido, creemos, los FII como instrumentos de inversión colectiva se anuncia teóricamente, al menos, como un potencial inversor al que aportar dicho terreno que necesita ser urbanizado o edificado. Una aportación que garantiza al propietario una gestión profesional, una diversificación de su riesgo, liquidez, seguridad y transparencia, información y un régimen fiscal ventajoso. Puestos a elegir, entre el agente urbanizador que no conozco y el Fondo de inversión elegido por el propietario del suelo, creemos que esta segunda opción le puede dar mas tranquilidad al inversor.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

1.^a Hablar de Fondos de Inversión, en el contexto de crisis económica que estamos viviendo resulta, en nuestra opinión, imprescindible. Las reglas del juego del mercado inmobiliario han cambiado. El «nuevo escenario inmueble» radiografiado a través de este trabajo de investigación pone de manifiesto que los FII en el contexto de crisis económica que está viviendo el sector pueden llegar a ser el producto estrella. O lo que es lo mismo, pueden resultar un instrumento viable para salir de la crisis inmobiliaria en que hoy están sumidos los inversores. Confiemos en convencer al inversor. También al legislador. Y es que, únicamente mediante una adecuada política de incentivos fiscales, mediante la mejora de las condiciones arrendaticias previstas en la LAU se logrará que los FII puedan llegar a convertirse en vehículos ágiles.

2.^a En el contexto de crisis económica que estamos viviendo, los FII pueden *salir ganando*. Las reglas del juego del mercado inmobiliario, necesariamente, están cambiado. Las formas tradicionales de inversión también. En el «nuevo escenario inmueble», el inversor está asustado. No se anima ni a comprar, ni a vender, ni a invertir. Incluso está pensando en sacar su dinero de los Bancos y Cajas de Ahorro porque tampoco de ellos se fía. Tampoco dispone de la financiación suficiente para afrontar la construcción, promoción o urbanización de los terrenos. Le hace falta una inyección de seguridad porque, realmente, tiene miedo. En este contexto, los Fondos de Inversión Inmobiliaria le pueden ofrecer al inversor una alternativa que le ofrezca seguridad y que les devuelva la rentabilidad perdida. Las posibilidades con que cuentan son dos: o bien invertir en el fondo, sus ahorros, o bien aportar al mismo los bienes inmuebles

de que son propietarios para que sea el fondo el que proceda a gestionarlos, urbanizarlos, edificarlos, arrendarlos de manera profesionalizada.

3.^a Hoy por hoy, el *producto estrella* de inversión de los Fondos de inversión inmobiliaria son los edificios ya finalizados. Fundamentalmente los Centros Comerciales. Junto a los Centros Comerciales otros inmuebles apetecibles de inversión para el Fondo lo son las viviendas de primera y segunda residencia, las residencias de estudiantes y las residencias de la 3.^a edad. El producto estrella no ha sido la promoción inmobiliaria. Quizá si este tipo de inversión se permitiera y se impulsara mediante una adecuada política de incentivos fiscales, los FII se convertirían para el inversión español en una alternativa sugerente. Confiamos, por tanto, en esta alternativa porque no sólo se anuncia como la mejor para dar salida al gran número de viviendas en *stock* que hoy existen en nuestro sector inmueble como consecuencia de la falta de financiación y del miedo en que vive el propio inversor, sino que, además, garantiza la tasación de dichos inmuebles y la financiación que el mismo ofrezca a través de la posible aportación no dineraria de los mismos como una alternativa segura para el inversor.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Los fondos de inversión inmobiliaria: su papel como instrumento de estímulo de la vivienda en alquiler*, ed., Thomson, Aranzadi, S. A., 2009.
- «Fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria», en *Actualidad Financiera*, núms. 2 y 3, 2007.
- BONNEAU: «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le Droit Civil», en *Rev.trim.dr.civ.*, 90 (1) janvier-mars, 1991.
- DEL TRONCO, B.: «La revolución del REIT's. Una alternativa al ladrillo tradicional que barre Europa», en *Invertida* (19-3-07).
- DOMINGO, S.: «Cómo tributan los Fondos Inmobiliarios, Los cambios legales para mejorar el tratamiento fiscal», domingo, núm. 134, 19 de julio de 1998, <http://www.el-mundo.es/sudiner/noticias/act-134-08a.html>
- FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORIETA: «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: Las comunidades funcionales y los fondos de gestión», en *RCDI*, 1989, pág. 629.
- USTARROZ UGALDE: «La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones», en *RDBB*, julio-septiembre de 1987, pág. 587 y sigs.
- GARCÍA DÍAZ: *Los fondos de inversión en el mercado financiero*, Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1970.
- GENTILE: *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Cedam, Padova, 1991.
- JUANES, T.: «Los Reits, más cerca de los inversores españoles», en [http://www. CincoDias.Com](http://www.CincoDias.Com) (03/11/2007).

- LARRAURI ESTEFANÍA, M., y AHUMADA CARAZO, R.: «Los fondos de inversión inmobiliaria españoles en un entorno global», en *Actualidad Financiera*, 2000 SEP; V (9), págs. 3-18.
- KARL H. LINKE: *Los fondos inmobiliarios extranjeros y el auge del mercado inmobiliario en España*, <http://www.mariscal-abogados.com/doc/inmomariscal.pdf>.
- LÓPEZ PENABAD, C., y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L.: «Los fondos de inversión inmobiliaria: nuevas posibilidades de desarrollo», en *Actualidad Financiera*, 1999, octubre, núm. 4 (10), págs. 43-53.
- LLEVADOT ROIG: «Los llamados fondos de inversión inmobiliaria», en *RJC*, enero-marzo de 1973.
- MARTÍN PAOLANTINIO: *Fondos comunes de inversión. Mercado financiero y mercado de capitales. Securitización o titulización*, Depalma, 1994 (separata de actualización publicada en mayo de 1995).
- MARQUÉS FERNÁNDEZ-FLORES, J. R.: *La inversión*, ed., Pirámide, 1998.
- MÉNDEZ SERRANO, M. del M.: *Los fondos de inversión y el arrendamiento de viviendas*, ed., La Ley, 2007.
- MORENO SANTOS, C.: «Los fondos de inversión inmobiliaria en España», en *Revista Bolsa de Madrid*, 1999, FEB, núm. 74, págs. 16-18.
- ORTÍ VALLEJO, A., y GARCÍA CARNICA, M. C.: «Los fondos de inversión colectiva: aproximación a su régimen jurídico», en *RCDI*, núm. 690, 2005, págs. 1221-1268.
- TAPIA HERMIDA: «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», en *RDBB*, núm. 32, 1988.
- OSÁCAR GARAICOHEA: *Manual de los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Inversor Ediciones, S. L., Madrid, 1994.
- PASTOR, C.: *Los Fondos de Inversión Inmobiliaria despegan, la normativa que regula los FII amplía sus posibilidades de inversión y permite obtener más rendimientos*, núm. 184, domingo 12 de septiembre de 1999, <http://www.el-mundo.es/sudinero/99/SD184/SD184-06.html>
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: «Los fondos de inversión inmobiliaria y los bienes inmuebles que pueden ser objeto de su inversión y aportación no dineraria», en *Los fondos de inversión inmobiliaria: su papel como instrumento de estímulo de la vivienda en alquiler*, ed., Thomson, Aranzadi, S. A., 2009, págs. 53-97.
- SANTANDREU, S.: *Manual Práctico de Valoración de Empresas*, Ed. Gestión 2000, S. A.
- SEBASTIAN, A.: *Real Estate Investment Trust (REIT). Certified Alternative Investments Analyst Program 2007*, Instituto de Estudios Financieros, 2007.
- SOLDEVILLA GARCÍA, E.: *Los Fondos de Inversión*, ED., Pirámide, 1999.
- TAPIA HERMIDA: «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria en el Derecho español y en el Derecho portugués», en *RDBB*, 1988.
- TORRENT CANALETA, M., y MARTÍNEZ LACAMBRA, A.: «Los fondos de inversión colectiva y el plan de viviendas», en *Actualidad financiera*, ISSN 0213-6929, año núm. 2, núm. 3, 1997 (ejemplar dedicado a: Fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria), págs. 79-100.

RESUMEN

FONDOS DE INVERSIÓN
INMOBILIARIA
CRISIS ECONÓMICA
AGENTE URBANIZADOR

Hablar de Fondos de Inversión, en el contexto de crisis económica que estamos viviendo resulta, en nuestra opinión, imprescindible. Las reglas del juego del mercado inmobiliario han cambiado. El «nuevo escenario inmueble», radiografiado a través de este trabajo de investigación, pone de manifiesto que los FII en el contexto de crisis económica que está viviendo el sector pueden llegar a ser el producto estrella. O lo que es lo mismo, pueden resultar un instrumento viable para salir de la crisis inmobiliaria en que hoy están sumidos los inversores. Confiamos en convencer al inversor. También al legislador quien ha de estar dispuesto a realizar ciertas reformas legislativas en aras a permitir que sean aportados a los Fondos de Inversión no sólo inmuebles ya finalizados (centros comerciales, viviendas de primera y segunda residencia y para la tercera edad.

Las reglas del juego del mercado inmobiliario, necesariamente, están cambiando. Las formas tradicionales de inversión también. En el «nuevo escenario inmueble», el inversor está asustado. No se anima ni a comprar, ni a vender, ni a invertir. Incluso está pensando en sacar su dinero de los Bancos y Cajas de Ahorros porque tampoco de ellos se fía. Tampoco dispone de la financiación suficiente para afrontar la construcción, promoción o urbanización de los terrenos. Le hace falta una inyección de seguridad porque, realmente, tiene miedo. En este contexto, los Fondos de Inversión Inmobiliaria le pueden ofrecer al inversor una alternativa que le ofrezca seguridad y que les devuelva la rentabilidad perdida. Las posibilidades con que cuentan son dos: o bien invertir

ABSTRACT

REAL ESTATE INVESTMENT FUNDS
ECONOMIC CRISIS
DEVELOPMENT AGENT

In our opinion, in the current context of economic crisis, you just cannot avoid talking about investment funds. The rules of the game in the real estate market have changed. The «new real estate picture» X-rayed in this research paper shows clearly that real estate investment funds in the context of the sector's economic crisis have the potential to become the star product. Or, to put it another way, they can prove a feasible weapon with which investors can fight their way past the real estate crisis. Let's trust that we can convince investors of this. Legislators, too; they have to be willing to enact certain legislative reforms so that already-completed properties (shopping centres, permanent homes and second homes, homes for the elderly) are not the only properties that can be contributed to investment funds.

The rules of the real estate market game are necessarily changing. The traditional forms of investment, too. In the «new real estate picture», investors are jittery. They're not buying, selling or investing. They're even thinking about withdrawing their money from the bank, because they don't trust financial institutions, either. And they don't have enough financing to cover the costs of land development, construction and marketing. They need a shot of security, because they are really and truly scared. In this context, real estate investment funds can offer investors a secure alternative that restores their lost returns. There are two possibilities: They can invest their savings in the fund, or they can contribute their properties to the fund so that the fund can manage, develop, build and rent the properties in a professional manner. Now, this can be done only if there is an adequate tax incentive policy, through

en el fondo, sus ahorros, o bien aportar al mismo los bienes inmuebles de que son propietarios para que sea el fondo el que proceda a gestionarlos, urbanizarlos, edificarlos, arrendarlos de manera profesionalizada. Ahora bien, todo ello se logrará, únicamente, mediante una adecuada política de incentivos fiscales, mediante la mejora de las condiciones arrendaticias previstas en la LAU y mediante una adecuada interpretación o reforma de la LIIC para ampliar los posibles objetos inmuebles de inversión. Sólo así se lograrán soltar los lastres a que hoy están sometidos los FII Españoles evitando el aterrizaje de los REITs y propiciando el despegue de nuestros Fondos de Inversión Inmobiliaria.

better leasing conditions under the Urban Lease Act and an adequate interpretation or reform of the Collective Investment Institution Act to expand the range of real estate that can be invested in. That is the only way to dump the ballast holding down Spanish real estate investment funds, keep REITs from landing and help our real estate investment funds take off.

(Trabajo recibido el 27-4-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)

DICTÁMENES Y NOTAS

Reconstrucción y Registro (II): Reorganización de la propiedad

por

JORGE LÓPEZ FERNÁNDEZ

Registrador de la Propiedad de Lorca, número 3

SUMARIO

REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD

I. TRES ESCENARIOS:

1. HIPÓTESIS GENERAL. OPERACIONES REGISTRALES A CONSIDERAR.
2. *ITER* COMPRIMIDO.
3. REHABILITACIÓN O EJECUCIÓN FORZOSA.

II. TRATAMIENTO DE LAS CARGAS.

III. OTRAS CUESTIONES.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

REORGANIZACIÓN DE LA PROPIEDAD

I. TRES ESCENARIOS

En función de quién desempeñe el protagonismo o la iniciativa de la reconstrucción, resumidamente, podemos encontrarnos ante tres escenarios o marcos distintos:

- Uno, el que representa la iniciativa de los propietarios, otorgando los títulos necesarios para llevar a cabo las operaciones registrales sucesivas que correspondan hasta lograr la total reorganización de la propiedad sobre los pisos y locales nuevos.

- Otro, un *iter* abreviado, comprimiendo las operaciones registrales anteriores, lo que podríamos llamar «atajo» sin intención peyorativa alguna.
- O bien podrá tratarse de rehabilitación y reconstrucción promovida por la Administración Pública (el Ayuntamiento principalmente), ya sea mediante programas, planes especiales y proyectos de rehabilitación (en sentido amplio y en su mayor grado, actuaciones de renovación urbana o transformación urbanística), o por medio de la edificación forzosa (Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca y RD-ley 11/2012, de 30 de marzo) o quizá mediante sistemas de actuación integrada de iniciativa pública en caso de solución esencialmente urbanística¹.

Los dos primeros escenarios para desenvolver la reconstrucción parecen exigir la unanimidad de los propietarios inscritos, dicho sea esto con los matices que tratamos de exponer a continuación al hablar de la hipótesis general; y adelantando la puntualización de que interpretamos que, si las modificaciones afectan solamente al edificio o la copropiedad de elementos comunes, pero no al *contenido esencial* del derecho de dominio de los pisos que pertenece a los propietarios, se entendería unanimidad expresada en acuerdos en junta de propietarios, y por tanto no sería exigible el consentimiento individualizado² de los mismos (*uti singuli*, como le llama la DGRN en varias Resoluciones).

Procederá el cauce general o el abreviado dependiendo de la complejidad de la situación y en la práctica de las posibilidades de obtener pronto proyecto técnico y la licencia.

Los programas o planes de rehabilitación se aplicarán a iniciativa de la Administración competente (la municipal, básicamente), a veces en régimen de equidistribución (cuando simultáneamente se ejecuten las previsiones del planeamiento y las del plan especial de rehabilitación, y constituyendo actuaciones de regeneración urbana y transformación urbanística), pudiendo ciertamente participar los propietarios (arts. 19 y 20 del RDL 8/2011, de 1 de julio) y en todo caso repercutiendo los costes en ellos, en aplicación de las normas de la Ley de Economía Sostenible, con garantía real registral de su pago (arts. 110 y 111 LES).

En caso de «inejecución injustificada» de las disposiciones que tratan de llevar a cabo la rehabilitación se abren las posibilidades de expropiación forzosa por causa de utilidad pública e incumplimiento de la función social de la propiedad, o la ejecución forzosa, a tenor del artículo 36 de la Ley de Suelo. En este último caso, si se opta por la venta forzosa se aplicarán los artículos 206-209 de

¹ Desde el punto de vista urbanístico, los sistemas de actuación integrada de iniciativa pública previstos por la Legislación autonómica en el artículo 171 LSRM y desarrollados por sus artículos 183 y siguientes son los de cooperación, concurrencia, expropiación u ocupación directa.

² Doctrina que se desprende igualmente de la RDGRN de 27 de diciembre de 2010.

la LSRM (Ley del Suelo de la RM, Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia) así como los artículos 87 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, mientras que si procede la sustitución forzosa, el SEPES está legitimado para actuar como agente edificador (arts. 8 y siguientes del RDL 11/2012).

1. LA HIPÓTESIS GENERAL. OPERACIONES REGISTRALES A CONSIDERAR

Una vez demolido el edificio existente e inscrito, el *iter* de la reconstrucción en buena teoría comprenderá —o implicará— las operaciones registrales siguientes:

- 1.^a La cancelación de la obra nueva y de la propiedad horizontal, incluyendo el cierre de los folios de las fincas creadas por división horizontal.
- 2.^a La inscripción de la extinción de la propiedad horizontal y conversión en copropiedad ordinaria, como acto o actos previos a la inscripción de una obra nueva que sustituye a la anterior, con expresión de la causa de la nueva descripción —demolición de la obra existente, rehabilitación—.
- 3.^a Finalmente, la inscripción de la obra nueva y del título constitutivo de la propiedad horizontal, con apertura de folio a los nuevos departamentos creados y divididos horizontalmente.

Unanimidad de los propietarios

La reconstrucción jurídica del edificio y la reorganización de la propiedad horizontal constituida comportarán una nueva descripción o definición tanto del derecho de copropiedad sobre los elementos comunes como del derecho singular sobre el piso o local privativo de cada propietario, que requerirán según los casos, la adopción de acuerdos en junta de propietarios (actos colectivos) o el consentimiento del propietario del piso local.

Así, parece oportuno examinar los criterios de la DGRN al respecto, que asientan diferencias sobre su objeto que podemos considerar claras, al menos conceptualmente. En concreto, indican Resoluciones como las de 27 de diciembre de 2010 o 5 de julio de 2005³:

³ «...Vistos los artículos 397 del Código Civil, 2, 3 y 20 de la Ley Hipotecaria, 117 de su Reglamento, 3, 5, 8, 16 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de noviembre de 1994 y 9 de diciembre de 1997, y las Resoluciones de esta Dirección General, de 15 de junio de 1973, 27 de junio de 1995, 19 de febrero y 13 de abril

- Que los actos que afectan al *contenido esencial del derecho de dominio* requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habrá de hacerse constar en documento público (arts. 3, 8 y 18.2 de la LPH y 20 de la LH).
- Que si el acto afecta en conjunto a la organización de los elementos comunes, incluso si se trata de una modificación estatutaria o una adición a los estatutos, en principio no es preciso el otorgamiento individualizado o *uti singuli* de todos los propietarios que al tiempo de la inscripción aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos; se trata de un acto de la Junta como órgano colectivo de la comunidad, que ha de adoptarse por unanimidad de los propietarios en los términos previstos en la norma primera del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, no pudiendo la calificación registral, en este tipo de acuerdos, extenderse a los requisitos que derivarían del principio de tracto sucesivo, los cuales no son exigibles al no tratarse de un acto individual de cada uno de los propietarios.

Dichos criterios están firmemente asentados y parecen fundamentar verdaderos principios generales del Derecho. Tienen consecuencias procesales claras: la jurisprudencia niega legitimación a la representación orgánica o legal de la comunidad de propietarios para asuntos que afecten al derecho privativo o contenido esencial de los propietarios

de 1999, 21 de septiembre y 5 de octubre de 2000, 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002 y 4 de marzo de 2004.

1. Se presenta en el Registro escritura por la que el presidente y el secretario de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal elevan a público el acuerdo tomado por unanimidad por la Junta para aprobar unos nuevos estatutos. El expresado acuerdo consta en la correspondiente certificación que se incorpora. De la documentación aportada resulta que el mencionado acuerdo fue notificado a los propietarios no asistentes sin que se haya manifestado en plazo discrepancia alguna. El registrador suspende la inscripción por no constar los nombres y apellidos de los propietarios presentes y notificados al efecto de comprobar si son los mismos titulares registrales. Los otorgantes recurren.

2. Como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el “vistos”), en materia de Propiedad Horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la Junta como órgano y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público (mediante una adecuada interpretación de los arts. 3, 8 y 18.2 de la ley de Propiedad Horizontal). Ciertamente, en este último caso, no podría inscribirse la modificación pretendida si no se ha otorgado *uti singuli* por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos, por imperativo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Pero la modificación estatutaria es un acto de la Junta como órgano colectivo de la comunidad, que ha de adoptarse por unanimidad de los propietarios en los términos previstos en la norma primera del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, y por ello el defecto no puede ser mantenido, toda vez que la calificación, en este tipo de acuerdos, no puede extenderse a los requisitos que derivarían del principio de tracto sucesivo, los cuales no son exigibles».

y la circunscribe a los asuntos que afecten a la comunidad (art. 13.3 LPH) o de interés general para la comunidad [cláusula general del art. 14.e) LPH].

El artículo 13 LPH parece alumbrar la posibilidad de que frente a terceros el hecho de que el asunto pertenezca a la comunidad será justificación suficiente para considerar válida la actuación del presidente. Sin embargo, no nos hallamos ante la legislación societaria (cfr. 128 LSA) y el mero hecho de contratar con quien acredita ser representante social no basta para que el tercero quede protegido: es necesario un elemento objetivo, que el asunto *pertenezca a la comunidad*. La representación legal de la misma (ejercida por el presidente) no alcanza a los intereses concernientes a los elementos privativos: la STS de 24 de julio de 1989 aclara que no se discute la legitimación procesal del presidente o representante de la comunidad, sino la facultad de disposición procesal de la comunidad representada sobre un asunto que afecta a la esfera privativa de los copropietarios (o «contenido esencial del dominio», como le llama la DGRN)⁴.

Y está legitimado pasivamente cuando el asunto afecte a la comunidad, pero no lo está para allanarse a las pretensiones relativas a asuntos que deben decidirse en junta de propietarios (SSAP de Valencia, de 18 de marzo de 1993, y Barcelona, de 15 de enero de 1990).

Los «asuntos que afectan a la comunidad», sin perjuicio de acuerdos (o consentimientos individualizados) que los amplíen⁵:

- Acciones derivadas de la posición contractual de la comunidad frente a terceros en el ámbito de administración de elementos, servicios e instalaciones comunes.
- Acciones petitorias, posesorias y declarativas de derechos de la comunidad en relación con los elementos, servicios e instalaciones comunes, frente a propietarios o frente a terceros.
- Acciones de salvaguarda material del inmueble cuando la reparación, sustitución o destrucción de lo mal hecho sea posible.

Indica la STS de 22 de mayo de 1993 que en situación de prehorizontalidad son ajenos los asuntos de los propietarios a la esfera de representación orgánica. Porque, como dice M.^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO⁶ en el ámbito de la propiedad horizontal no existe protección del tercero en cuanto a los actos que extravasen los intereses comunes. La STS citada se apoya en otras⁷ que señalan que las comunidades de propietarios formadas para la edificación están sometidas a los artículos 392 y siguientes de la LPH, rechaza que la legitimación (pasiva en este caso) corresponda a la comunidad formada para la construcción del edificio y mantiene que la legitimación permanece en

⁴ La legitimación y la apariencia que proporciona no son fácilmente rebatibles según la jurisprudencia. La STS de 18 de julio de 2011 destaca que si se adoptó acuerdo en junta de propietarios, incluso con posibles vicios en la formación de ese acuerdo, pero que han sanado por haber transcurrido el plazo de caducidad de conformidad con el artículo 18.3 LPH, «ha de estimarse existente la legitimación activa del presidente para el ejercicio de las acciones correspondientes en defensa de la comunidad de propietarios, de conformidad con el contenido del acuerdo» a pesar de que el tribunal de instancia diera por probado que la voluntad real de la comunidad divergía de la que fue objeto del acuerdo que ejecutó el presidente.

⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la LPH*, obra de BERCOVITZ y otros, antes citada (edición de 1999 en este caso), pág. 382.

⁶ VV.AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, pág. 373.

⁷ VV.AA., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, pág. 376.

los comuneros *ad aedificandum* por diferenciarse netamente este supuesto del previsto por el legislador en la LPH.

Así pues, a efectos del Registro de la Propiedad, los actos derivados de la reconstrucción del edificio deberán llevarlos a cabo los propietarios vigentes con arreglo a los indicados criterios, que tratan de satisfacer las exigencias de legitimación y tracto registral, diferenciando en cada caso si dichos actos alcanzan al *contenido esencial* de los derechos privativos de los propietarios, o por el contrario se refieren a *elementos comunes*.

Podemos distinguir, entonces, atendiendo a su alcance y finalidad:

- a) Actos relativos a la obra nueva del edificio: la legitimación de los propietarios para otorgarlos corresponderá a la junta de propietarios en la medida que se trate de actos colectivos que incumben a la generalidad del objeto de la propiedad horizontal, el edificio en su conjunto o alguno de sus elementos arquitectónicos... Y aquí, es decir, tan pronto como reconozcamos que los cambios en el todo pueden implicar cambios en las partes, comienzan las dificultades prácticas y hemos de afrontar el delicado problema de trazar la línea entre lo que exclusivamente concierne al interés general de la comunidad o en la cosa común y lo que pertenece al ámbito de los derechos privativos de los propietarios (sobre sus pisos y locales) o, en otras palabras, puede afectar al «contenido esencial» de su derecho de dominio de manera que haya que exigir, como dice la DGRN «la unanimidad expresa y real de todos los titulares registrales⁸». En teoría, la línea divisoria está clara. En la práctica, se impondrán las interpretaciones caso por caso.
- b) Actos relativos a la propiedad horizontal o copropiedad sobre elementos comunes: es indiscutible que la legitimación para llevar a cabo cambios en el régimen de la propiedad horizontal del edificio, por ejemplo añadiendo normas estatutarias o cambiando las que hay, corresponde a la junta de propietarios. Las alteraciones en los elementos comunes previstos y la definición o descripción de los nuevos o de los nuevos servicios e instalaciones (por ejemplo, el ascensor donde antes no lo había) podrían llevarse a cabo, evidentemente, mediante un acuerdo válidamente adoptado por todos y cada uno de los propietarios pero, obviamente, y teniendo en cuenta la naturaleza de la institución de la propiedad horizontal y elementales principios de economía procedimental, parece evidente que se trata de asuntos que se podrían resolver mediante acuerdo en junta de propietarios, presupuesto y reconocido el límite de los derechos privativos de cada propietario, al que nos referimos repetidamente en este trabajo.

⁸ Resolución de 27 de diciembre de 2010 más veces citada, Fundamento 4.º

- c) Actos relativos a los pisos o locales o demás departamentos de la propiedad horizontal. La modificación del objeto del derecho privativo del propietario de un piso o local, por ejemplo alterando la configuración física del piso, su «espacio privativo susceptible de aprovechamiento independiente», además de acuerdo en junta de propietarios requerirá el consentimiento del propietario de que se trate, pues al *contenido esencial* de su derecho no pueden afectarle las decisiones de la comunidad por sí solas. Ahora bien, aun reconociendo que los contornos de las posiciones jurídicas distan de poder ser deslindados mediante una línea geométrica, creo que puede sostenerse que, del mismo modo que un acuerdo de la junta de propietarios no puede alterar el derecho privativo del propietario sin su consentimiento, si la modificación llevada a cabo por la junta de propietarios respeta sustancialmente la definición del derecho o espacio privativo, piso o local, y mantenga los elementos que lo constituyen, tales como planta, superficie, anejos, características del acceso, por supuesto su cuota de participación en los elementos comunes, aparece como maximalista la interpretación o conclusión de que necesariamente hay que exigir el consentimiento individualizado de los propietarios, pues no puede aducirse razonablemente que la modificación afecte *esencialmente* a sus derechos privativos. Si optáramos por exigirlo para *cualquier* modificación y no solo para las *esenciales* otorgaríamos a cada propietario un derecho a veto letal, potencialmente capaz de frustrar muchas iniciativas de reconstrucción y quizás cercano al abuso de derecho.

Transportando estas directrices a la práctica de asientos registrales, parece resultar que:

- Los títulos que documenten actos relativos a la obra nueva y la propiedad horizontal o la copropiedad de elementos comunes, o la alteren, serán las escrituras públicas otorgadas por el presidente de la comunidad de propietarios —es posible pero no práctico pensar en una comparecencia de todos los propietarios al otorgamiento—, en ejecución de acuerdo en junta de propietarios y como consecuencia de su condición legal de representante (art. 13 LPH). La inscripción se practicará en el folio propio del edificio, en tanto que el nuevo acto sustancialmente es una continuidad del *status quo* inscrito.
- En cuanto a las inscripciones a practicar en los departamentos divididos horizontalmente y llevados a folio separado, que introdujeran alteraciones sustanciales en la configuración jurídica de los pisos o locales, deberemos atenernos a la exigencia de consentimiento del titular registral para las modificaciones que afectan a su derecho singular de propiedad. En la medida que concorra dicho consentimiento a tales modificaciones,

mayores o menores, podrá practicarse la correspondiente inscripción de modificación en el folio correspondiente a su departamento.

- Si el propietario de un apartamento no consiente esa modificación, por leve que sea, no se practicaría inscripción especial de modificación alguna y en nada se afectaría el derecho de propiedad horizontal inscrito a su favor, respetándose plenamente el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, aunque tal vez podría sugerirse la técnica de practicar una nota al margen genérica expresiva de la modificación de la inscripción relativa al conjunto del edificio al que pertenece, por analogía con el artículo 240 del Reglamento Hipotecario.
- No desconocemos el límite entre actos colectivos y singulares, pero las interpretaciones maximalistas podrían desencaminarnos. No hace falta invocar el artículo 3 del Código Civil para recordar que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social, que hoy por hoy es bastante elocuente. No puede haber trasgresión en las soluciones que a la vez respetan los elementos objetivos esenciales y equilibran los intereses en juego.
- Puede resultar conveniente que la iniciativa de la junta de propietarios que tratamos cuente con el título habilitante de haber asumido la gestión de la rehabilitación legal del edificio en el marco del Real Decreto-ley 8/2011, que se configura de manera obligatoria.

¿Unificación de la titularidad?

Tengamos en cuenta que el estado del contenido del Registro de la Propiedad es dinámico, es decir, está sujeto a continua variación.

En un periodo de tiempo dado, se producirán con toda probabilidad modificaciones que afecten a la titularidad y al régimen de cargas del inmueble a reconstruir o rehabilitar.

Por ejemplo, habrá compraventas del derecho de alguno de los propietarios afectados, pero no solamente eso, sino también herencias, con posibles fraccionamientos de la propiedad, anotaciones de embargo, judiciales o administrativas y por supuesto ejecuciones y subastas, hipotecas y novaciones de préstamos hipotecarios, muy frecuentes en la actualidad por la etapa que atraviesa la economía.

La consecuencia directa de este flujo de actos y negocios jurídicos es que se producirán cambios en el estatus del dominio y las cargas de la finca o fincas y consiguientemente habrá también modificaciones en el tracto y en la legitimación registral (y procesal en su caso).

El Derecho, salvo en el caso del urbanismo o de la expropiación forzosa, no concede la posibilidad de hacer una foto fija de las titularidades y cargas vigentes y partir de la misma cuando se haya ordenado otra vez su situación jurídica, habiendo transcurrido un largo plazo desde que se recogieran en la

certificación registral que constata el inicio de los procedimientos urbanísticos o de expropiación forzosa.

Es muy conveniente, por consiguiente, prevenir las fluctuaciones en el tracto, que pueden entorpecer extraordinariamente la solución de rehabilitación o reconstrucción elegida, e incluso llevar a la situación a peor, volviéndola menos inteligible o, peor, litigiosa, lo que en la práctica se traduce en mayores complicaciones legales.

Es obvio que la regulación del agente edificador hecha por la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca (cfr. arts. 11, 12 y 16.4) se pliega con realismo a estas conveniencias de unificar la actuación en la reconstrucción.

En fin, por las razones de tracto apuntadas, y teniendo en cuenta que la antes mencionada disgregación en la gestión y el hecho de que la realidad de muestra de que el paso del tiempo no contribuirá a resolver los problemas de vivienda, es importante tratar de asegurar la unidad de acto en la gestión de la reconstrucción o rehabilitación, recurriendo a cualquiera de los medios posibles para ello. El Derecho proporciona varios y corresponde a los interesados valorarlos y aplicarlos a su caso:

- Actuar como propiedad horizontal de transición mediante pacto a favor de la continuidad de la misma, como implícitamente ocurre en el supuesto del *iter* abreviado expuesto.
- Como comunidad de propietarios que se constituya en agente edificador con derecho preferente para promover la reedificación en los términos de un Programa de Actuación Edificatoria, de conformidad con el artículo 5.2 de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca, o respaldada por un proyecto de gestión de ejecución de la rehabilitación utilizando activamente las posibilidades previstas por los artículos 19 y 20 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que examinaremos más adelante.
- Las agrupaciones de propietarios en los términos del Decreto-ley 8/2011, en régimen legal de rehabilitación y en este caso con iniciativa del Ayuntamiento. En su caso, los sujetos legitimados por el artículo 19 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.
- El agente edificador, de conformidad con la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca y en su caso el SEPES en sede de edificación voluntaria de conformidad con el artículo 10 del Real Decreto-ley 11/2012, atribuyéndole la condición de representante legal para las actuaciones que dicho precepto regula, o para tramitar la reconstrucción de edificios a través de la ejecución forzosa prevista por dicho Decreto-ley, sea el agente edificador entonces SEPES u otro distinto (v.gr., la comunidad de propietarios). SEPES, la Entidad Pública Empresarial de Suelo es un organismo dependiente del Ministerio de Fomento regulado por el Real Decreto 1525/99, de 1 de octubre.

- La cooperativa, sea la limitada de viviendas, u otra de sus modalidades; la Ley de Economía Sostenible y el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, hacen alusiones a las mismas en la medida que su utilización es de esperar para las soluciones colectivas de las rehabilitaciones de edificios o actuaciones de regeneración urbana.
- Una sociedad mercantil, de cualquier forma societaria⁹.

Tratamiento y trazabilidad de las cargas

En cuanto a las cargas inscritas, la perspectiva en este primer escenario es quizás la más compleja y rígida de las tres, puesto que:

- Inscrita la extinción de la propiedad horizontal y la conversión de la propiedad en una comunidad de bienes, las cargas se trasladarán o seguirán a la cuota o derecho de cada propietario.
- Ahora bien, si se unifica la propiedad de alguna manera, las cargas pasarán a recaer indistinta y globalmente sobre el folio del único propietario, perdiéndose la referencia con el condeño y una vez declarada la obra nueva que reemplaza a la anterior y practicada la nueva división horizontal, será preciso que los acreedores y deudores celebren convenios para concretar las cargas.
- En el supuesto (laborioso) de que no se unificara la titularidad sino que permaneciera disgregada o fraccionada en régimen de comunidad de bienes, los convenios entre acreedores y deudores pueden ser muy convenientes, en la medida que la nueva propiedad horizontal comporte cambios sustanciales con relación a la anterior, considerando lo que expondremos más adelante.

Para obtener otra perspectiva, recurriremos a una legislación no aplicable, que flexibiliza un tanto —y de modo más aparente que real por lo que hace a nuestro caso— las exigencias de unanimidad, la contenida en el Código Civil catalán¹⁰. Su artículo 553-25 opta por una mayoría cualificada estableciendo en su número 2 que, para adoptar acuerdos de modificación del título de constitución y de los estatutos (salvo que el título haya establecido otra cosa) «es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios, que deben representar las cuatro quintas partes de las cuotas de participación». Sin embargo, en su número 4 dispone que «los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente».

⁹ En su caso, como agente edificador tras concurso en los términos de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca (arts. 6 y 7).

¹⁰ Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña.

Es decir, para la formación de lo que la DGRN llama «actos colectivos» de los propietarios, los acuerdos relativos a los elementos comunes, el Código catalán viene a exigir no un acuerdo total, sino el de un 80 por 100 de los propietarios que represente un 80 por 100 de las cuotas. Pero en la medida que se trate de acuerdos que afecten al derecho singular de cada propietario, a las facultades que nacen de su derecho de propiedad sobre un espacio privativo, el Código catalán mantiene la necesidad del consentimiento individualizado o *uti singuli* de éste.

En definitiva, ni en Derecho común ni en el catalán será posible llevar a cabo una declaración de obra nueva ni una modificación o constitución de la propiedad horizontal sin que concurra el consentimiento de todos los copropietarios.

2. *ITER* COMPRIMIDO

En aras de una mayor economía de procedimiento, e incluso de costes, el Derecho encuentra atajos para llegar al mismo destino al que conduce la hoja de ruta lógica de fases registrales que hemos expuesto. La práctica, o los intereses de los propietarios, no siempre harán posible este atajo o —como me permito llamarlo— *iter* comprimido de operaciones a practicar en el Registro. Mas merecería la pena exponerlo aunque solamente fuera útil para facilitar la solución de algunos casos.

Derribado el edificio existente e inscrito, el *iter* completo de la reconstrucción, como ya hemos visto, comprendería sucesivas operaciones registrales: 1.º de cancelación de la obra nueva y de la propiedad horizontal, incluyendo la de las fincas divididas horizontalmente; 2.º de la inscripción de la extinción de la propiedad horizontal y conversión en copropiedad ordinaria, y 3.º por último la inscripción de las nuevas declaraciones de obra y propiedad horizontal.

Sin embargo, podemos tratar de simplificar (más bien comprimir) las operaciones registrales sobre la base de la doctrina de la Resolución de la DGRN, de 20 de junio de 2005, que proporciona indicaciones ciertas acerca de un caso de reconstrucción de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Por exigencias de especialidad y tracto —así como, admite la DGRN, por aplicación del art. 23 LPH— se pone de manifiesto cuál sería el planteamiento a seguir para reorganizar la propiedad en lo que podríamos llamar un *iter* comprimido:

- a) Se otorgará escritura de modificación de la obra nueva y de modificación de la propiedad horizontal.
- b) Se mantendrán los departamentos independientes de la propiedad horizontal, con su nueva descripción (resultante de la modificación) a nombre de los propietarios a quienes se adjudicarán en su día.

- c) Se inscribirán los nuevos elementos de la propiedad horizontal «a favor de todos los propietarios en proporción a sus respectivas cuotas».

A ello añadiríamos otras puntualizaciones:

- La DGRN en el caso indica que a la nueva descripción se llega por el contenido de la licencia y de la certificación del técnico (no sería lo mejor que se sustituyera una obra por otra con entera abstracción de la causa de esa sustitución).
- La DGRN textualmente dice al final de esta Resolución: «ha de hacerse notar que la solución admitida en este caso concreto, no supone perjuicio para tercero, mantiene el principio de especialidad, y no incrementa innecesariamente los costes de las operaciones jurídicas efectuadas».

Obviamente, este método aparentemente parece ser de mayor utilidad para comunidades de propietarios no muy numerosas y para aquellos casos en los que no haya grandes diferencias entre el edificio y propiedad horizontal anteriores y los que vienen a sustituirlos.

Por supuesto, este *iter* abreviado exige unidad de acción entre los propietarios y presupone que se cuenta con un proyecto técnico y licencia de obra nueva.

Si se cuenta con proyecto y licencia, y acordadas en su caso las adaptaciones o novedades que convenga introducir con respecto al régimen de propiedad horizontal anterior, los propietarios podrán ya ponerse en acción y otorgar la escritura pública correspondiente —la mencionada más arriba como *a*)—, inscribiéndose a continuación la obra nueva en construcción y en su caso la modificación de la propiedad horizontal que conviniera a la nueva situación, quedando los problemas jurídicos en gran medida encauzados¹¹.

Desde el punto de vista registral, nos atrevemos a decir que, hecha esta inscripción, los problemas de esta comunidad de propietarios han entrado en vía de solución.

La perspectiva de las cargas mediante este procedimiento abreviado podría ser más simple, lo cual es otra ventaja añadida. En caso de que se mantengan el mismo número y cuota del piso o local gravado, no cabe duda de la continuidad de la carga sin perjuicio alguno para el titular de la misma, y su *trazabilidad* está asegurada, puesto que la evolución de la misma en el historial registral podrá seguirse fácilmente.

En el caso de que se reduzca la cuota del piso o local como consecuencia de la aparición o creación de elementos nuevos (nuevos trasteros, locales, garajes) la carga se extendería o arrastraría sobre la cuota que el propietario ostente sobre ellos (salvo que se trate de elementos adquiridos por un título de adquisición nuevo y diferente).

¹¹ En la práctica, sólo quedaría pendiente el otorgamiento de acta de terminación de obra.

3. REHABILITACIÓN O EJECUCIÓN FORZOSA

Rehabilitación y renovación urbana

He utilizado el término «rehabilitación» una y otra vez en un sentido que puede parecer quizá demasiado amplio, o impropio, pero en la convicción de ser el más adecuado para comprender todas las clases de actuación que van a ser expuestas a continuación, puestos a elegir solamente una palabra con ese objeto. Y parece que invita a ello la legislación reciente que en gran medida vamos a examinar, la Ley 2/2011 de Economía Sostenible (LES) y el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

En el marco de la ley de Economía Sostenible y el Real Decreto-ley 8/2011, es la Administración Pública (el Ayuntamiento) quien toma la iniciativa de la rehabilitación de los inmuebles o un papel preponderante en ella. La LES y el Decreto-ley introducen importantes excepciones y modalizaciones al régimen de propiedad horizontal (y de la propiedad ordinaria) y atribuyen los gastos originados por la rehabilitación a los propietarios de las fincas, pisos o locales, que quedarán afectos al pago de los mismos por ministerio de la Ley.

Ni en la Ley de Economía Sostenible (por su fecha) ni en el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, la necesidad de la reconstrucción de Lorca ha estado en la mente del legislador, pero la aprobación de estos textos legales aporta medios interesantes para facilitarla.

Al ámbito de aplicación de la Ley de Economía Sostenible pertenecen, además de, genéricamente, aquellas actuaciones tendentes a alcanzar la sostenibilidad del medio urbano (art. 107), los «ámbitos urbanos obsoletos, desfavorecidos, degradados o que padezcan problemas de naturaleza análoga determinados al efecto» [art. 109.b)] o «ámbitos urbanos en los que, se den procesos de obsolescencia o degradación del tejido urbano (art. 110)». Es obvio que a la realidad que permanece en la ciudad de Lorca podemos aplicar todos los calificativos reproducidos y algunos más graves aún, entre ellos los que se refieren a la ruina. E, insistimos, el ámbito de aplicación de la Ley de Economía Sostenible como el Real Decreto-ley 8/2011 es verdaderamente amplio, pues (tras la ordenación del mismo efectuada por el art. 17 del RDL 8/2011) incluye entre las actuaciones de rehabilitación aquellas que van desde estos ambiciosos procesos de regeneración o renovación del paisaje, en régimen de transformación urbanística, hasta las obras necesarias de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Ambas normas, Ley y Decreto-ley, deberían ser objeto de interpretación conjunta para los temas que nos ocupan. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en concreto sus artículos 107 a 112, tiene una redacción a menudo genérica y parece asemejarse a un conjunto de directrices, y que es en muchos modos aclarada y sistematizada por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio.

Orientaciones

De los artículos 110 y 111 de la Ley de Economía Sostenible entresacamos las siguientes orientaciones con perspectiva registral.

1.^a Transformación urbanística

Las actuaciones de renovación y rehabilitación urbana (art. 110.2. LES) tienen la consideración de actuaciones de transformación urbanística, de conformidad con el artículo 14.1 de la Ley de Suelo [reafirmado por el art. 18.2 del RDL 8/2011].

Las actuaciones de transformación urbanística comportan una serie de deberes legales para los propietarios, a cuyo cumplimiento están afectas, con garantía real, las fincas incluidas en su ámbito (art. 16.2 de la Ley de Suelo). Si se transmite la propiedad de las fincas afectadas, los nuevos propietarios se subrogarán en dichas obligaciones, manteniéndose la afección de las fincas a estas responsabilidades por gastos de urbanización en los términos del artículo 19 de la Ley de Suelo. Este capítulo de deberes, que excede con mucho el objeto de este trabajo, incluye la entrega o cesión obligatoria a la Administración competente (el Ayuntamiento) de suelo para dotaciones públicas o patrimonio público con el alcance y límites y la obligación de costear los gastos por obras de urbanización prescritos legalmente, entre otros.

La dimensión urbanística que estas actuaciones revisten nos interesa porque potencialmente atrae la aplicación de las normas que regulan el urbanismo registral —RD 1093/1997, de 4 de julio, sobre todo—. Las actuaciones de urbanización y entrega de dotaciones a menudo suponen cambios en la propiedad de los terrenos afectados. Por su parte, el artículo 68 de la LSRM prevé que en operaciones aisladas de renovación, los propietarios tendrán la obligación de ceder terreno para viales y dotaciones públicas previstos en el plan.

Todo ello apunta a que las operaciones de rehabilitación o renovación urbana potencialmente pueden causar alteraciones en la morfología del terreno y por tanto en la propiedad inscrita, lo que nos acercaría a la equidistribución.

2.^a Eficacia equiparada a los planes de ordenación urbana

Los programas, planes y demás instrumentos ordenadores de la rehabilitación tienen en todo caso, respecto de las construcciones y edificios aprobados por ellos, los mismos efectos que los planes de ordenación urbana, según declara el artículo 110.4 LES.

Por otra parte, se prevé su *ejecución* a base de «proyectos técnicos» (art. 111.3 LES) o «procedimientos de gestión de ejecución» (art. 18 RDL 8/2011), u «órdenes administrativas de ejecución» (art. 111.3 LES). Así pues, a efectos de rehabilitación urbana, la fase de planeamiento para rehabilitación —planes especiales¹² prevé la legislación autonómica murciana, arts. 109.d) y 114 LSRM— vendría sucedida por otra fase de desarrollo del mismo mediante proyectos y procedimientos de gestión de la ejecución de la rehabilitación.

A efectos registrales, la cuestión conceptualmente importa en la medida que la fase de planeamiento apenas tiene incidencia en el Registro de la Propiedad¹³, lo cual tiene su explicación en la regla imperativa de que las propiedades y derechos inscritos en el Registro de la Propiedad solamente pueden alterarse por consentimiento de sus titulares o por resolución judicial dictada en un juicio en el que estos hayan intervenido¹⁴. En cambio, son objeto destacado del Registro los actos de desarrollo o ejecución del planeamiento, basta consultar los artículos 51.a) y h) de la Ley de Suelo y 1.1 y 1.8 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

El caso más notable de introducción del planeamiento en el Registro de la Propiedad probablemente es el de las condiciones urbanísticas especiales que afecten a la finca, que pueden acceder al Registro siempre que precisamente estén establecidas por el planeamiento (o por la ley). Esta figura está prevista por los artículos 51.4 LS y desarrollada por el artículo 74 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En el Registro de la Propiedad se practicará una nota al margen de la inscripción de dominio de la finca, en virtud de un certificado administrativo que incorpora el acuerdo pertinente tras un procedimiento en el que ha intervenido el titular registral. La equiparación de los instrumentos de planeamiento rehabilitador al plan de ordenación urbana despeja toda duda que pudiera suscitarse al respecto y podrán anotarse en el Registro de la Propiedad —con carácter de publicidad-noticia y aviso para interesados en el inmueble— las condiciones especiales motivadas por las diferentes finalidades de la rehabilitación —seguridad, sostenibilidad, preservación del paisaje urbano— (cfr. arts. 109 y 110 LES o 17 RDL 8/2011, de 1 de julio, por ejemplo), siempre que consten en el instrumento correspondiente, claro está.

¹² Los planes especiales tienen por finalidad la ordenación sectorial de un territorio, la realización de actuaciones urbanísticas específicas o el establecimiento de determinadas medidas de protección, según proceda de acuerdo con su objeto (art. 108 LSRM).

¹³ Tal vez otro sería el de las cesiones obligatorias de superficies delimitadas por instrumentos de planeamiento, objeto del artículo 30.2 del Real Decreto 1093/1997, que no obstante son llevadas a cabo mediante un procedimiento a raíz del planeamiento, no directamente por éste.

¹⁴ Derivan de los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria que, según criterio asentado de la DGRN, constituyen el corolario registral de la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 de la Constitución.

3.^a Afección real a los costes de la rehabilitación

Esta afección o afectación real surge por «determinación legal» (art. 111.3 LES) tan pronto como se apruebe un proyecto técnico (que ejecute el programa o plan, entendemos que aprobación definitiva) —o una orden de ejecución—, gravando con carácter de garantía legal a los pisos y departamentos (elementos privativos del edificio en régimen de propiedad horizontal a rehabilitar) al pago de las obras la rehabilitación que exija.

Concepto y clases de las actuaciones de rehabilitación y su tratamiento desde el punto de vista registral

Como vemos, el artículo 110.2 LES dice que «las actuaciones de renovación y rehabilitación urbana tienen la consideración de actuaciones de *transformación urbanística*...».

Ahora bien: el artículo 111 añade al concepto legal de rehabilitación las obras necesarias de los edificios —por lo que puede decirse que dentro de él hay una gradación, desde una simple reparación necesaria hasta la regeneración de un área urbana—; y el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2011 sistematiza tres tipos de actuaciones de rehabilitación: conservación, mejora y regeneración urbana. A mi modo de ver, esta tercera actuación, la de regeneración de un paisaje urbano (edificios o áreas urbanas delimitadas) es la que implicará transformaciones urbanísticas en mayor medida.

El tratamiento registral difiere según el tipo de actuación de que se trate.

Siguiendo la sistemática del artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, distinguimos:

a) Actuaciones de conservación [17.a)]

Las actuaciones de esta clase se corresponden en gran medida con el concepto de *obras necesarias* (así las conceptúa expresamente el art. 111.2 LES) tradicional en las instituciones de la propiedad horizontal o los arrendamientos urbanos.

Se trata de modificaciones que no parecen, a priori, de la envergadura suficiente para provocar la modificación de la inscripción de obra nueva de los edificios que recaigan.

Principalmente, las modificaciones que tienen trascendencia registral son las alteraciones verdaderamente significativas de la estructura o volumetría del edificio, en particular el número de plantas del edificio, el total de metros cuadrados edificados o la superficie de parcela ocupada, y en cierto modo la

distribución en apartamentos, buhardillas, sótanos. Así resulta del artículo 45 del Real Decreto 1093/97. Sin embargo, evidentemente no constituyen un coto cerrado y hay que reconocer que algún otro tipo de modificaciones no expresamente contempladas por el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997 podrían ser sustanciales y conveniente su inscripción.

No obstante, en conclusión, siguiendo un principio de proporción de las cosas, existirán muchas actuaciones de conservación cuyo tratamiento registral no rebasará el ámbito de la propiedad horizontal.

Ahora bien, desde el punto de vista registral, a pesar de hallarnos ante la categoría, por así decirlo, más modesta de las actuaciones de rehabilitación, hay que tener en cuenta la posible afectación real de los pisos a los gastos de la misma, una verdadera garantía real (cfr. art. 111.3, «afección real directa e inmediata, por determinación legal, de las fincas constitutivas de elementos privativos de regímenes de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario, cualquiera que sea su propietario, al cumplimiento del deber de costear las obras») y cómo debe ésta articularse registralmente, puesto que surge fuera de un procedimiento de equidistribución y no encontramos reglas precisas que aplicar similares a las de los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/97 para estos expedientes de distribución de beneficios y cargas.

b) Actuaciones de mejora [17.b)]

En general, no recibirán un tratamiento registral distinto del caso anterior las modificaciones registrales que pueden producir las actuaciones de mejora con las finalidades descritas en segundo lugar el artículo 17 con remisión al artículo 111 LES (seguridad, eficiencia energética, sostenibilidad, motivos turísticos o culturales...) ¹⁵, que serán relevantes sólo en la medida que afecten a la morfología del edificio.

Habría que añadir que el propio Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en el capítulo siguiente dedicado a «seguridad jurídica en materia inmobiliaria» ha introducido, en cumplimiento de finalidades de seguridad o sostenibilidad, nuevos elementos que el registrador debe tener en cuenta en la calificación de

¹⁵ «...realización de obras de mejora hasta el importe máximo del deber legal, además de por motivos turísticos y culturales recogidos en la legislación aplicable, en el supuesto de que la construcción o el edificio de que se trate quede afectado por un programa, plan o cualquier otro instrumento legal de rehabilitación de viviendas aprobado y en vigor, y se refieran a obras que sirvan para garantizar los derechos reconocidos por Ley a las personas, especialmente las que padezcan alguna discapacidad, o vengán impuestas por normas legales sobrevenidas por razones de seguridad, adecuación de instalaciones y servicios mínimos, reducción de emisiones e inmisiones contaminantes de cualquier tipo y las necesarias para reducir los consumos de agua y energía».

las declaraciones de obra nueva, que se unen a los que ya existían, esto es, además de los consabidos requisitos urbanísticos de licencia y proyecto ajustado a la misma¹⁶, los documentos presentados en el Registro de la Propiedad para inscribir declaraciones de obra nueva o sus modificaciones deberán reunir los siguientes requisitos conforme al artículo 20 de la Ley de Suelo reformado por el citado Real Decreto-ley 8/2011: la garantía decenal, en los términos de la Ley de Ordenación de la Edificación, el libro del edificio a que se refiere el artículo 7 de la Ley 38/5-11-1999, de Ordenación de la Edificación (Circular DGRN de 26 de julio de 2007); la licencia de primera ocupación; y el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética (de conformidad con el RD 47/2007 y Directivas europeas de sostenibilidad energética).

c) Actuaciones de regeneración urbana [17.c)]

Dentro de las mismas podríamos distinguir:

- La rehabilitación de gran alcance a desarrollarse «en ámbitos urbanos vulnerables, obsoletos o degradados, alcanzando tanto a la urbanización y a las dotaciones» y que por tanto requerirá la delimitación del mismo, «continuo o discontinuo» (18.1),
- y la «rehabilitación *exclusivamente de edificios*» (18.2).

Mientras que la primera clase de rehabilitación equivale potencialmente a la transformación urbanística, dependiendo de qué modificaciones implique la rehabilitación de los edificios (uno, varios o un conjunto inmobiliario), el tratamiento registral en la «exclusiva» de edificios podría ser:

- similar a los que requieren las actuaciones de reparación y mejora, incluso a efectos del artículo 111.2 LES (cfr. art. 18);
- el propio de una rehabilitación de mayor alcance (por ejemplo, en casos en los que se lleva a cabo el vaciamiento del edificio, o se demuele parcialmente, o simplemente se deja la estructura; nuevas alturas, construcción de un sótano para aparcamiento); en este caso hay que esperar importantes alteraciones en el edificio (número de plantas, metros construidos, superficie ocupada, número de elementos privativos), en suma modificaciones de obra nueva, accesiones o mejoras, que deberán formalizarse en los correspondientes títulos declarativos y que asimismo repercutirán en la propiedad horizontal, una vez adoptados los acuerdos

¹⁶ Que se exigen tanto para el otorgamiento de escritura pública de obra nueva como para la inscripción registral de la misma desde la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de junio, de reforma de la Ley de Suelo y valoraciones.

oportunos en junta de propietarios conforme al artículo 17 LPH, e incluso en los elementos privativos, lo que requerirá el consentimiento individualizado de los propietarios que vean afectado el contenido esencial de su derecho de dominio sobre los mismos (cfr. Resolución de la DGRN, de 27 de diciembre de 2010).

- O bien podrá rebasar incluso el ámbito de la propiedad horizontal para entrar en el de los expedientes de distribución de beneficios y cargas, cuando el instrumento de ejecución del planeamiento y/o programa de rehabilitación suponga la modificación de fincas registrales o derechos reales sobre las mismas —arts. 51.a) y h) de la LS y 1.1 y 1.8 del RD 1093/97—. Por ejemplo, piénsese en el caso de un conjunto inmobiliario o grupo de seis pequeños bloques de viviendas que haya de ser reconstruido y que, por imperativo del planeamiento, deba transformarse en un solo bloque de viviendas (con aparcamientos donde no los había, entrega de terrenos para dotaciones —art. 68 LSRM— y en una sola parcela). Estos cambios en la configuración de las fincas y en el régimen de propiedad inscrita nos abocan a la equidistribución. El instrumento o expediente correspondiente será una combinación de la ejecución del planeamiento y de la ejecución de la rehabilitación y no se aprecia razón alguna para diferenciar este supuesto de aquellos a los que se aplican las normas reguladas por el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, para procedimientos de equidistribución¹⁷.

Cuando una actuación de regeneración urbana afecte a varios edificios, parece que la «mera rehabilitación edificatoria», puede incluir «intervenciones de demolición, renovación o sustitución de viviendas o edificios completos, siempre que no afecten a más del 50 por 100 de los edificios, de las viviendas o de la edificabilidad» (art. 18 RDL 8/2011, de 1 de julio).

Y, desde luego, son concebibles otras actuaciones de regeneración de aún mayor alcance que las meramente edificatorias. Unas u otras, las actuaciones de ejecución de rehabilitación de esta clase, supondrán normalmente cambios en la propiedad [en el sentido previsto en los arts. 51.a) LS y 1.1 del RD 1093/97]. Por ello, insistimos en que su tratamiento registral idóneo debería encauzarse a través de expedientes o procedimientos de equidistribución regulados por el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, no sólo por razones conceptuales (son modificaciones que afectan al derecho de dominio) sino también prácticas (la mezcla de eficiencia y garantías que la tramitación de los mismos ofrece).

¹⁷ Late esta idea de algún modo en el artículo 19.3 del Real Decreto Legislativo 8/2011, «La participación en la ejecución de actuaciones de rehabilitación se producirá, siempre que sea posible, en régimen de justa distribución de beneficios, incluidas las ayudas públicas y cargas».

Por último, cabe reparar en la posibilidad de que una actuación de rehabilitación o renovación urbana en este régimen concorra con iniciativas privadas de reconstrucción que ya hayan dado comienzo (un grupo de propietarios rehabilitando por su cuenta su propio edificio en régimen de propiedad horizontal). Será, por ejemplo, el caso en que (dentro del planeamiento) se hubiera comenzado a ejecutar una obra nueva con licencia para rehabilitar o reconstruir el inmueble antes de que se iniciara el procedimiento de rehabilitación que comprende toda la unidad de actuación. Hay que recordar que el artículo 104 RGU acuerda la suspensión en la concesión de licencias solamente cuando se ha iniciado un proyecto de reparcelación, momento que registralmente tiene su reflejo en la nota al margen de las inscripciones de dominio de las fincas afectadas, simultánea a la expedición de la certificación de dominio y cargas a efectos del procedimiento, prevista (imperativamente) por los artículos 103 RGU y 5 del Real Decreto 1093/97 (y 54 de la Ley de Suelo).

No habrá inconveniente legal en que el proyecto a continuación incluya, en su caso, estas obras nuevas, aplicándose los artículos 89 y 90 RGU y en su caso con regularización de linderos y las compensaciones económicas que procedan, conservándose las propiedades primitivas y su número de finca registral haciéndose constar, en su caso, su carácter de finca de resultado (ARNÁIZ EGUREN¹⁸).

Carácter obligatorio de la rehabilitación e «inejecución injustificada» de la misma

Parece claro que las actuaciones de rehabilitación, en la medida que se apruebe su ejecución, generan deberes jurídicos de hacer que incumben a los propietarios.

La mejora y rehabilitación son el objeto de uno de los deberes que origina la propiedad del suelo de conformidad con el artículo 9.1, el deber de conservación.

El deber de conservación sólo es relevante para este estudio en la medida que su cumplimiento exija obras de verdadera trascendencia registral. Cesa en los casos de ruina, donde proceden otro tipo de consecuencias que en gran medida vienen establecidas por la legislación autonómica, aunque por otra parte se estima generalmente aplicable, en vía supletoria, el artículo 183 del viejo TRLS de 9 de abril de 1976.

En general, los propietarios quedan sujetos a obligaciones legales de rehabilitación en los términos de los artículos 18.1 y 2 del Real Decreto-ley 8/2011 y 111.2 LES, que sustraen al régimen de propiedad horizontal el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones naturales de esta institución, o lo modalizan o

¹⁸ La inscripción registral de actos urbanísticos. ARNÁIZ EGUREN, Marcial Pons. Madrid, 1999.

exceptúan claramente. Esto es así hasta el punto de que la infracción de las normas de rehabilitación es causa de expropiación forzosa (de hecho, la aprobación de un programa de rehabilitación comportará la declaración de la utilidad pública o, en su caso, el interés social, a los efectos de la expropiación forzosa (art. 111 LES) y se impone a los propietarios, como decimos, el deber de costear las obras que la rehabilitación exija, quedando sus pisos y locales sujetos a una especial afección real que se hará constar en el Registro de la Propiedad (mediante nota al margen de la inscripción de dominio, con constancia expresa de su carácter de garantía real (111.3 LES).

Asimismo, distintos de los deberes de conservación u obligaciones de rehabilitación son los de construcción (cfr. 203 LSRM para los propietarios de terrenos que reúnan la condición de solares) o de reconstrucción. Estos, como los anteriores, van mucho más allá de la conservación y son específicamente impuestos por varias normas. Surgen de normas como las siguientes:

- El artículo 7.1 del Real Decreto-ley 11/2012, que establece que las ayudas para la reconstrucción de las viviendas destruidas o demolidas «constituyen a su beneficiario en la obligación legal de proceder a la reconstrucción de las mismas» mediante la presentación de la correspondiente solicitud de licencia municipal en el plazo de dos meses desde la concesión de las ayudas correspondientes.
- Los Decretos autonómicos para Lorca, Decreto 273/2011, de 23 de septiembre y 68/2011, de 3 de mayo. La obligación de reconstruir dimana inmediatamente del hecho de haberse percibido ayudas públicas¹⁹. El plazo de ejecución de la reconstrucción de las viviendas es diferente según se trate de reconstrucción propiamente dicha y rehabilitación o reparación de daños²⁰.
- El artículo 203 LSRM, que dispone que los propietarios de edificaciones en ruina deberán proceder a su edificación en el plazo fijado por el planeamiento y, en su defecto, en el de dos años desde la declaración firme de ruina.

Así pues, en el caso de Lorca, es clara la obligatoriedad y puede hablarse de un deber específico de los propietarios de reconstruir o rehabilitar los edificios dañados en el plazo y condiciones previstos por los Decretos regionales, siempre que perciban ayudas públicas. Si no es el caso, podrían concernirles

¹⁹ La vinculación a las ayudas públicas al deber de reconstruir se fundamenta además en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de Subvenciones (cfr. arts. 2 y 14), regulando el art. 37 la obligación de devolver la subvención en caso de incumplimiento del objetivo para el que se ha concedido o la falta de justificación del mismo.

²⁰ Veinticuatro meses desde la percepción del 50 por 100 de la ayuda en el caso de reconstrucción, doce meses desde el pago efectivo del importe total para rehabilitación o reparación.

otros deberes como los de conservación o los de propietarios de edificios en ruina de conformidad con la legislación regional.

Establece el artículo 18 del Real Decreto-ley 8/2011, que «las actuaciones de conservación, mejora y regeneración *podrán imponerse por la Administración* competente cuando concurran las condiciones previstas para cada una de ellas en el presente Real Decreto-ley y en el resto de legislación aplicable, en cuyo caso les será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 111 de la Ley de Economía Sostenible».

Y añade el precepto que «en los casos de *inejecución injustificada* de las obras ordenadas, dentro del plazo conferido al efecto, se procederá a su realización subsidiaria por la Administración Pública competente o a la aplicación de cualesquiera otras fórmulas de reacción administrativa a elección de ésta».

Respecto a esas otras posibilidades ante la inejecución, establece el artículo 36.1 de la Ley de Suelo: «El incumplimiento de los deberes de edificación o *rehabilitación* previstos en esta Ley habilitará para la *expropiación* por incumplimiento de la función social de la propiedad o la aplicación del régimen de *venta o sustitución forzosas*, sin perjuicio de que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística pueda establecer otras consecuencias»:

- La expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad se atenderá a su Ley especial, existiendo normas especiales en el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, para regular la expropiación por el procedimiento de tasación conjunta (arts. 22 y sigs.).
- La venta forzosa tiene también una regulación especial en el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, artículos 87 y siguientes y disponemos de legislación autonómica aplicable, los artículos 203 y siguientes LSRM.
- La sustitución forzosa ha sido activada por el muy reciente Real Decreto-ley 11/2012 para Lorca, así como por la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca. Sin embargo, constatamos su ausencia de regulación dentro de las normas de urbanismo registral del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Iniciativa privada: comunidades de propietarios y otros sujetos legitimados

La Administración puede imponer las actuaciones de renovación y rehabilitación urbanas, pero no parece que deba hacerlo de cualquier modo (y en el caso de la estricta rehabilitación desde luego que dentro del coste máximo legal) ni que la legislación cierre el camino a posibles convenios o a la iniciativa privada, en particular la que podrían representar las comunidades de propietarios.

El Real Decreto-ley 8/2011 (arts. 19 y 20) compensa la preponderancia del papel otorgado a la Administración por la Ley de Economía Sostenible, admi-

tiendo la participación en la rehabilitación de las comunidades de propietarios y otros sujetos que pueden intervenir en la misma, como las «cooperativas de rehabilitación», aquellas —art. 20.2— «que se constituyan con el objeto de ejecutar o participar en la ejecución de actuaciones de rehabilitación».

A las comunidades de propietarios (y demás sujetos) el Real Decreto-ley 8/2011 les atribuye expresamente importantes facultades, que parecen acercar su naturaleza a la de las entidades urbanísticas de colaboración o a las entidades gestoras o agentes de la edificación. Pero también otras que en el fondo no parecen grandes novedades ni cambios.

De estas facultades entresacamos las siguientes:

- Participar [19.2.c)] en el proceso de los planes o programas de rehabilitación (incluso elaborarlos por iniciativa propia) y asumir, o participar, en la gestión, «por sí mismas o en asociación con otros sujetos intervinientes, públicos o privados, la gestión de las obras de mejora y regeneración urbana o, en su caso, participar en una u otra en la forma que se convenga con el responsable de la gestión».

Desde esta perspectiva, nada se opone a que la comunidad o los propietarios de terrenos presenten sus propios proyectos o celebren convenios. En régimen de «justa distribución de beneficios» (parece una sugerencia de que la tramitación de la ejecución se lleve a cabo mediante la técnica —registrar— de los procedimientos de equidistribución). Para obtener ideas sobre las fórmulas posibles de participación privada, el convenio u otras, son útiles las orientaciones que contempla GÓMEZ MANRESA acerca de la participación del particular en los sistemas de gestión urbanística²¹, así como las de BUSTILLO BOLADO²².

- «Actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias» [20.1.a)].

Veremos cuál es la interpretación de qué facultades confiere este precepto. Desde luego, antes de que existieran las comunidades de propietarios podían sin duda celebrar contratos de préstamo y no sólo de préstamo o crédito. En cambio, sería extraña o extravagante la interpretación de que este precepto les concede personalidad jurídica propia para celebrar cualquier operación o contrato, siempre que sea para actuar en el mercado inmobiliario (que delimita objetivamente esta facultad).

²¹ GÓMEZ MANRESA, *El particular en la gestión urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

²² BUSTILLO BOLADO y otros, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.

Por otro lado, en cuanto a hipotecas, no sé ve cuál es la diferencia entre hacer esa previsión y no hacerla. Ni antes o después del precepto podrán hipotecarse pisos y locales privativos de un edificio sin el consentimiento de sus propietarios, y es impensable una hipoteca constituida en virtud de acuerdo en junta de propietarios, salvo en teoría para elementos comunes, lo cual sería hasta cierto punto una extravagancia. Y si se trata de otra cosa, como por ejemplo constituir una hipoteca sobre un solar que les pertenece a los propietarios en situación de prehorizontalidad, es indiscutible que juegan las normas de la comunidad de bienes y de conformidad con el artículo 397 del Código Civil la hipoteca deberá ser concedida por un acto unánime de los comuneros, es decir, prestando el consentimiento cada uno.

Una cuestión de gran relevancia sería en qué medida influye este precepto para favorecer la interpretación de en qué medida las comunidades de propietarios que se ocupen de la reconstrucción puedan acudir a la *anotación preventiva de crédito refaccionario*. Creo que la solución positiva parece evidente. La refacción lleva consigo naturalmente unos gastos, del mismo modo que una equidistribución comporta los suyos e incluso la afección real por costes de urbanización puede considerarse un elemento natural de la misma.

Y, en particular, interesa interpretar si, en el probable caso de que se recurra al mecanismo de la sustitución forzosa para edificar un solar en régimen de propiedad horizontal, el sustituto forzoso se considera facultado para anotar preventivamente el crédito refaccionario sobre las fincas del sustituido. La regulación de la sustitución forzosa (arts. 36 y 37 de la Ley de Suelo) nada añade al respecto y, dada su finalidad netamente urbanística, no es extraño que falte previsión alguna al respecto (que en teoría corresponde a competencia estatal y no al legislador autonómico). No puede desconocerse, como decimos, que la reconstrucción lleva inherente los gastos necesarios para ese fin, por lo que parece lógico imputar a cualquier finca la deuda propiamente refaccionaria, con el límite del importe justo por la refacción o reconstrucción, y junto a ella el derecho accesorio propio de la misma, como garantía de su cobro, que es la anotación preventiva de crédito refaccionario enunciada en el artículo 42.8 de la Ley Hipotecaria. Otra cosa facilitaría el enriquecimiento injusto del propietario sustituido que, concluido el edificio, obtendría una plusvalía sin tener siquiera que molestarse en otorgar la menor garantía. Y tampoco parece equitativo que el sustituto que ha soportado en primera instancia las inversiones carezca de garantía para sustentar su solvencia. El Derecho no debería favorecer posiciones tan cómodas.

- «Otorgar, por sí solas, escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, tanto en lo relativo a los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, a fin de acomodar este régimen a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria o de regeneración urbana en cuya gestión participen o que directamente lleven a cabo» [art. 20.1.d)].

Leído aisladamente, el precepto parece autorizar a las comunidades de propietarios como personaje colectivo a otorgar las escrituras públicas que requieran la reconstrucción o la rehabilitación. Sin embargo, esa conclusión resulta apresurada cuando la conjugamos con la primera parte del artículo 20, que establece la necesidad de «*previo acuerdo válidamente adoptado conforme a la legislación de propiedad horizontal*», y por tanto, conforme a la LPH y sin excepciones al respecto, así que el artículo 17 LPH jugará en este punto para la formación de mayorías y en particular se requerirá la unanimidad para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal así como, tal como sostiene reiteradamente la doctrina que una y otra vez hemos destacado aquí, el consentimiento individual de aquellos propietarios cuya propiedad singular, o al menos su contenido esencial, se vea afectada.

En materia de rehabilitación, la implicación entre el urbanismo y la propiedad horizontal es profunda. Las comunidades de propietarios pueden jugar en adelante un papel más importante que el acostumbrado hasta ahora. En el fondo, para las comunidades de propietarios las actuaciones de conservación, mejora o regeneración que impone la rehabilitación se traducen (puede decirse que por ministerio de la ley) en la exigencia de obras necesarias (concepto tan importante de la LPH). Este papel de las comunidades de propietarios puede ser pasivo o activo dependiendo de su propia iniciativa. La ley (cfr. arts. 19.2 y 20 del RDL 8/2011) les dota de amplia capacidad de elección. Será pasivo en la medida que se limiten a recibir una orden de ejecución y limitarse a acordar la oportuna derrama en junta de propietarios (art. 18 RDL 8/2011, de 1 de julio) y más activo en caso de que lleven la iniciativa en la gestión de la rehabilitación o utilicen las importantes potestades que les confiere el artículo 20.1.f).

- [20.1.f)]. «Actuar, en el seno de los procedimientos de gestión para la ejecución de las actuaciones de rehabilitación, como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los estatutos».

Este precepto más que ningún otro aproxima la naturaleza de la comunidad de propietarios (y de los demás sujetos en esa medida) a la de agentes urbanísticos o entidades gestoras o colaboradoras, al menos en los «procedimientos de gestión para la ejecución de las actuaciones de rehabilitación». La gestión de la rehabilitación y la toma de decisiones que exige se ve reforzada con la condición de titular fiduciario que se reconoce a la junta de propietarios no sólo sobre los elementos comunes del edificio sino también sobre fincas pertenecientes a propietarios concretos. Mas no aclara, el Real Decreto-ley 8/2011, en qué casos puede la comunidad de propietarios o una cooperativa asumir la

titularidad fiduciaria de pisos y locales concretos. A falta de mayor precisión nos podríamos plantear los siguientes:

- ¿Podrían ostentar la titularidad fiduciaria de los nuevos pisos o locales privativos que se creen en el edificio tras la rehabilitación, en el caso de Lorca, por ejemplo, tras la reconstrucción de un edificio?
- ¿Y de los pisos y locales cuya titularidad sea desconocida, como modalidad al artículo 10 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en lugar de atribuírselos con este carácter a la Administración actuante?
- ¿Tal vez también de los pisos o locales pertenecientes a los que no quieren o no pueden participar en las actuaciones de rehabilitación del modo establecido en el programa y respecto de los cuales no se prefiera ejercer la expropiación forzosa?
- ¿Y por qué no en eventuales actuaciones de sustitución forzosa?

Afección real por costes de rehabilitación

Establece el artículo 111.3 LES: «la conformidad o autorización administrativas del proyecto técnico de cualesquiera de las obras de mejora a que se refiere el apartado primero o, en su caso, la orden administrativa de ejecución de éstas determina la afección real directa e inmediata, por determinación legal, de las fincas constitutivas de elementos privativos de regímenes de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario, cualquiera que sea su propietario, al cumplimiento del deber de costear las obras. La afección real se hace constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio, con constancia expresa de su carácter de garantía real y con el mismo régimen de preferencia y prioridad establecido para la afección real al pago de cuotas de urbanización en las actuaciones de transformación urbanística».

Hay que destacar que el precepto impone que el carácter real de la afección se haga constar expresamente en el asiento a practicar en el Registro, con el mismo régimen de preferencia y prioridad previstos para las afecciones que surgen de los procedimientos de equidistribución.

En este sentido, el artículo 19, primer apartado, del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establece que «quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección...».

El artículo 19, citado también, contiene reglas para la constancia registral de la afección (respecto de lo cual nada añade el art. 111.3 de la Ley de Economía Sostenible, que en cuanto a este extremo no hace ninguna previsión). Por otra parte, podríamos preguntarnos si será necesaria la constancia registral de la afección cuando del proyecto de rehabilitación resulte que la obra ha sido realizada y pagada o que las obligaciones pecuniarias impuestas por el proyecto se hayan asegurado mediante otro tipo de garantías, como hipoteca o aval. En este punto la analogía resulta útil. Parecería lógico entender que si los costes de la rehabilitación han sido pagados o garantizados de otro modo, la afectación real prevista en el artículo 111.3 carecería de objeto y añadiría un gravamen sin causa a las fincas.

En cuanto a la que surge del artículo 111.3 LES tenemos que: 1.º) las afectaciones de esta clase se originan por ministerio de la ley —por determinación legal, dice el precepto—; 2.º) tan pronto como se aprueba el proyecto técnico o la orden de ejecución de la rehabilitación, que juegan como títulos inscribibles al parecer; y 3.º) se hacen constar por medio de notas al margen de las inscripciones de dominio «de las fincas constitutivas de elementos privativos de regímenes de propiedad horizontal», es decir, los pisos y locales del edificio que pertenecerán a diversos propietarios.

La regulación legal suscita numerosas cuestiones interpretativas.

¿Qué intervención corresponde a los propietarios? ¿Puede inscribirse una garantía real de la misma naturaleza que la hipoteca sobre el piso o local de un particular sin su consentimiento? La doctrina señala precisamente esta característica, la inscripción sin intervención del titular de la finca, en principio anómala dado el sistema registral español, y la DGRN, como veremos, sienta ciertas orientaciones para evitar la indefensión del propietario y los titulares de otros derechos.

LASO MARTÍNEZ ha destacado la conveniencia de articular registralmente la subrogación de los adquirentes de parcelas gravadas con la carga real de la afección, insistiendo en que con arreglo a la doctrina del TS (cita la STS de 18 de marzo de 1987) subsiste la relación jurídica que liga a la Administración con los promotores y no con los propietarios —nota de la subsidiariedad de la afección— (poniendo como ejemplo de *lege data* que el art. 125 de la Ley catalana, de 14 de marzo de 2002, en particular el artículo 52 del Reglamento de 4 de noviembre de 2003, que la desarrolla, solamente admite la liberación del promotor si en caso de transmisión a terceros estos asumen expresamente las obligaciones contraídas por aquél²³).

En el artículo 18.2 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, por cierto, observamos que legalmente los propietarios, a diferencia de otros casos de afección

²³ LASO MARTÍNEZ, *Gastos de Urbanización, procesos concursales y derivaciones patrimoniales*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2011, págs. 89 y sigs.

legal, aparentemente tienen ciertas posibilidades de distribuir el importe garantizado por la afección mediante acuerdo entre ellos. Parece ésta una especialidad a destacar de la afección que garantice obras de rehabilitación conceptuadas como necesarias y en el marco del artículo 17, pudiendo costearse en la proporción que determine un acuerdo entre los propietarios (cfr. art. 18.2), puesto que la determinación de la afección no siempre la admite, como han indicado STS de 10 de junio de 1985²⁴ o de 9 de abril de 2003²⁵ —que resaltó que el deber de sufragar los costes de urbanización constituye una obligación *ob rem* de los propietarios «que no puede ser modificada por pactos de derecho privado»—.

En ausencia de convenio, «la determinación se realizará de acuerdo con la normativa reguladora de la relación contractual y, en su caso, con las proporciones que figuren en el registro relativas al bien y a sus elementos anexos de uso privativo».

En los proyectos o procedimientos en los que, como hemos dicho, se ejecuten a la vez el planeamiento urbanístico y el plan o programa de rehabilitación, se podrá recurrir a la técnica registral de los expedientes de equidistribución y a la aplicación de las reglas de los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, y directa o mediatamente distribuir adecuadamente la garantía real total (gastos de urbanización y de rehabilitación) entre los elementos privativos del edificio.

Y en los otros casos, ¿cómo podríamos distribuir la garantía? Una vez que los propietarios deben aprobar un acuerdo en junta —acuerdo sin mucho margen para el libre albedrío, limitado a hacer efectiva la derrama—, ¿puede ese acuerdo una vez documentado, acompañado del proyecto técnico u orden de ejecución, ser la fuente o título de distribución de la garantía real? Nótese que el acuerdo puede ser sencillo —limitándose a aplicar la garantía en proporción a la cuota de participación de cada elemento— o más complicado si el acuerdo de junta o el «contrato» establecen otro modo de repartirlo.

Ateniéndonos a las características que las leyes atribuyen a las afecciones, hasta cierto punto no cabe duda de la naturaleza y efectos de la afección regulada por el artículo 111.3 LES. Pero con la finalidad de resolver cuestiones registrales como el título inscribible, la duración del asiento a practicar y las reglas a seguir en cuanto a la constatación registral de la afección, serían conveniente algunas precisiones reglamentarias, por vía seguramente de enmienda al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

La afección establecida por la LES parece participar, principalmente, de las características de la afección por gastos de comunidad en régimen de propiedad horizontal; legalmente se reconducen los gastos de rehabilitación al concepto de obras necesarias (cfr. art. 17 del RDL 8/2011).

²⁴ LASO, pág. 95, *op. cit.*

²⁵ LASO, pág. 157, *op. cit.*

Guarda también semejanzas con la afectación real por gastos de urbanización, sobre todo en los supuestos en que puede reconocerse que la rehabilitación tiene la consideración de transformación urbanística. El artículo 111.3 LES parece atribuirle expresamente el alcance que tiene la urbanística («el mismo régimen de preferencia y prioridad establecido para la afección real al pago de cuotas de urbanización en las actuaciones de transformación urbanística»). Recordemos que el artículo 19.1 del Real Decreto 1093/97 establece una preferencia de la afección sobre «el dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto...».

En cualquier caso, la carga real que esta afección legal constituye, al decir de la doctrina, y de la jurisprudencia (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de mayo de 1987, sobre la que volveremos), adolece de una cierta indeterminación. Es una característica suya que la hace incómoda. El débito a que se extiende la misma habrá de ser concretado más adelante, en una fase posterior a la generación de la afección real que, como resulta del artículo 111.3 LES, nace por ministerio de la ley tan pronto como es aprobado el proyecto o la orden de ejecución de la rehabilitación, en lo cual coincide con la afectación real urbanística prevista por los artículos 16.2 de la Ley de Suelo y 19 y 20 del Real Decreto 1093/97.

Señala LASO MARTÍNEZ²⁶ con relación a la afectación real urbanística, que la afección nace ligada a los actos reparcelatorios y se configura como una «garantía real» o una «carga real» tal como resulta, señala, de los artículos 7, 8.1.c), 9.3, 16.2 y 19.1 de la Ley de Suelo. Pero da a entender que una cosa es que la Ley introduzca estos términos y otra distinta que gocen inmediatamente del efecto del funcionamiento ordinario de las garantías o cargas reales tradicionales. Como dice este autor examinando la configuración legal de las afecciones, no resulta imprescindible que haya una afección dineraria, esto es, que conste de antemano una cifra de responsabilidad (en este caso, la publicidad inherente al sistema registral sirve para evitar su ocultación) jugando en este caso la cuota en los gastos (tanto en la carga urbanística como en los gastos de comunidad en régimen de propiedad horizontal), que se tomará en cuenta para prorratear la deuda; si bien lo deseable sería precisamente que la contuviera, ya que las exigencias de seguridad jurídica se cumplirían mejor con cuota y cifra que con cuota solamente.

El texto legal es, no obstante, muy claro: la afección surge sin la intervención de los propietarios de los inmuebles afectados o los titulares de gravámenes sobre los mismos, es decir, representa un impacto sobre sus derechos, sin necesidad de pedir su consentimiento (ni su opinión). Esto nos hace preguntarnos sobre las

²⁶ LASO MARTÍNEZ, *Gastos de urbanización, procesos concursales y derivaciones patrimoniales*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2011.

garantías que les asisten. En opinión de LASO MARTÍNEZ²⁷, la interpretación más ajustada de los efectos de la afección se contiene en la STS de 14 de noviembre de 1996 (Fundamento de Derecho 4.º), que le reconoce naturaleza de derecho real administrativo de garantía con eficacia *erga omnes* pero, en cuanto recaiga sobre bienes inmuebles, con sujeción al «principio fundamental del sistema hipotecario español, concretamente la protección al tercero hipotecario (art. 34 de la LH)», por lo que aparece como una garantía subsidiaria que sólo podrá ejercitarse en perjuicio de tercero tras el ejercicio de una acción de derivación de responsabilidad. No parece que el hecho de que esta sentencia se ocupe específicamente de las afecciones fiscales pudiera cambiar este planteamiento para otros tipos de afecciones legales.

Esta intención protectora también podría verse (quizá mejor que desde la perspectiva apuntada del tercero hipotecario) desde el respeto al principio de tracto sucesivo enunciado en los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria en lo que este imperativo hipotecario tiene de interdicción de la indefensión de los titulares de derechos y raigambre constitucional (corolario registral de la tutela efectiva de los derechos *ex art. 24 CE*, como lo viene considerando reiteradamente la DGRN).

Parece este el punto de vista de la Resolución de 18 de mayo de 1987, que pone de manifiesto la preocupación por la protección de los terceros que no son los deudores personales por las deudas reclamadas, a la cual vamos a referirnos a continuación²⁸. La doctrina de esta conocida Resolución se sienta con relación a la afección propia de los gastos debidos por razón de propiedad horizontal:

- Es un verdadero gravamen y tiene carácter preferente: sobre ella no puede prevalecer ni los derechos reales (ni siquiera importa que la propiedad del piso o local no sea ya del deudor) ni ningún otro derecho de crédito (a salvo la subsidiariedad que también le es inherente y, entendemos, la necesidad de concretarla por medio de un acto posterior). Como dice la DGRN, «cualquier hipoteca o embargo sobre el piso o local ha de entenderse, por tanto, que únicamente tendrá eficacia en cuanto no menoscabe la eficacia de la afección real que por Ley es preferente».

²⁷ LASO MARTÍNEZ, *Afecciones registrales. Aplicaciones tributarias y urbanísticas*, Madrid, 2005. Colegio de Registradores, *Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris*, pág. 41.

²⁸ «Por otra parte, si en el momento de interponerse la demanda, el piso o local hubiese pasado a poder de tercero en quien no concurre la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse aquélla, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afección real ya existente por disposición legal; coordinándose de este modo la especial protección brindada por el artículo 9-5.º de la Ley de Propiedad Horizontal con los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (arts. 1, 20 y 38 de la LH)».

- Formalmente, por todo rigor, los mínimos de expresión de la afección vienen (en sede de propiedad horizontal) reducidos al hecho de que se haya inscrito el régimen de propiedad horizontal. La DGRN cree que constará ya suficientemente —aunque reconoce que con cierta indeterminación— la carga de tal afección real preferente afectando al dominio de cada piso o local en la medida que conste registralmente que tal piso o local forman parte de una propiedad horizontal, cosa que salta a la vista tan pronto como en la descripción de los mismos se incluyan una cuota de participación en los elementos y gastos comunes del edificio y un número correlativo escrito en letra (cfr. art. 8.4 LH). El artículo 111.3 LES no impone requisitos de constancia mucho mayores. En definitiva, bastará que exista un reflejo registral de la fuente legal de la afección (sea fiscal, urbanística, rehabilitatoria o de propiedad horizontal).
- En cuanto a su modo de ejercicio, es imprescindible tener en cuenta que, según la DGRN, la afección no puede hacerse valer inmediatamente una vez que las cantidades reclamadas no resultan de título con fuerza ejecutiva y es precisa una fase declarativa previa que conduzca a una resolución condenatoria al pago, cuantificando la deuda, y necesario que se practique una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad para evitar que la afectación real juegue como «un gravamen oculto, eficaz frente a todos, en contra del principio de publicidad, fundamento y esencia de nuestro sistema hipotecario». Tal anotación podrá ser:
 1. Una anotación de demanda de las prevenidas en el artículo 42, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, dice la DGRN, por cuando en dicha demanda se insta también el reconocimiento judicial de una singular aplicación de la afección real (en el supuesto de hecho de la Resolución, del art. 9 de la LPH) para un periodo concreto.
 2. Una anotación preventiva de embargo que debe quedar conectada a efectos de rango registral con el asiento en el que conste la afección real. En el caso de la afectación real por razón de gastos debidos a la comunidad de propietarios, cuando el importe reclamado sobrepasa el del privilegio legal (una anualidad y la parte vencida de la corriente), es claro que deberá recurrirse a la anotación preventiva de embargo y no a la de demanda, aunque realmente, si se goza de título ejecutivo judicial (v.gr., a través del proceso monitorio), nada obliga a recurrir a la anotación preventiva de embargo.

El hecho de que la regulación de las afecciones no estén acompañadas por «un régimen cerrado de efectos, requisitos y condiciones para el ejercicio y ejecución de la garantía» lleva a LASO a aproximar su naturaleza a la de las hipotecas legales tácitas aunque, concretamente con relación a la afectación real por gastos

de urbanización prevista por el artículo 19 del Real Decreto 1093/97, afirma que al sobrepasar la responsabilidad de la cuota alícuota por gastos de urbanización a la prevista por su antecedente del RGU, que la limitaba a un importe (en concepto de liquidación provisional), entiende que le es extensible el esquema previsto por la Resolución de 18 de mayo de 1987 (para los gastos de comunidad en régimen de propiedad horizontal) y su concreción por anotación preventiva²⁹.

La técnica del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ¿es aplicable a la rehabilitación?

Registralmente, da cierta impresión de que podría haber una continuidad entre la regulación de la rehabilitación en la Ley de Economía Sostenible y el Real Decreto-ley 8/2011 y la propia de los procedimientos de equidistribución, lo cual es un punto de partida relevante desde el punto de vista técnico.

Como para otras cosas, tal vez sea aconsejable emprender una reforma reglamentaria puntual para ampliar el objeto de los procedimientos que el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio regula, pues sus normas complementarias podrían en gran medida constituir una herramienta adecuada para dar cumplimiento a las implicaciones registrales de las normas de rehabilitación urbana a través de los «procedimientos de *gestión para la ejecución de las actuaciones de rehabilitación*» (y de paso podrían añadirse otras normas para regular la sustitución forzosa).

La regulación del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, abarca todo tipo de sistemas de actuación. Cuando se redactó, operaban los clásicos sistemas de compensación, cooperación y expropiación, pero su técnica ha permitido su aplicación a todo tipo de procedimiento de equidistribución regulado por la legislación de las Comunidades Autónomas.

No se olvide que la propia Exposición de Motivos del Texto Refundido de la LS (IX), al referirse a las normas «atinentes al Registro de la Propiedad» del Título VI, estima que «ya han sido objeto de desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio». No son tantas las leyes que encuentran el desarrollo reglamentario ya hecho.

Nuestra tesis es que es aplicable naturalmente también a lo que el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (art. 20) llama «Procedimientos de *gestión para la ejecución de las actuaciones de rehabilitación*»; y así podríamos llamar al título inscribible que podríamos añadirse expresamente, viendo la carta de naturaleza que esta legislación reciente (LES y RDL 8/2011) le ha otorgado pero que, además, como mínimo, se encuentra comprendida en la fórmula de cierre de los artículos 51.8 de la Ley de Suelo y 1.8 del Real Decreto 1093/1997,

²⁹ LASO MARTÍNEZ, *Gastos de Urbanización...*, pág. 159 y sigs.

de 4 de julio, que consideran inscribible en el Registro de la Propiedad «todo acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas».

En definitiva, los procedimientos de gestión de la ejecución de la rehabilitación podrán tratarse registralmente como procedimientos de equidistribución en la medida que:

1. Que supongan modificaciones en el status de la propiedad inscrita —cfr. arts. 51.a) LS o 1.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—, cambios objetivos en la propiedad y los derechos reales y en la morfología de las fincas. V.gr., el artículo 68 de la LSRM establece que en operaciones aisladas de renovación, los propietarios tendrán la obligación de ceder terreno para viales y dotaciones públicas previstos en el plan.
2. Que ejecuten a la vez las previsiones de los programas de rehabilitación y las del planeamiento.

Para facilitar un fondo de discusión, aportemos una visión general del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Los procesos de transformación urbanística de los terrenos influyen de manera decisiva en el régimen de la propiedad y su estado de cargas —incluso impone las suyas propias, cfr. la afección real establecida por la LES, art. 111.2—. Es fácil apreciar la importancia de que el Registro de la Propiedad reciba, constate y publique los cambios que la dinámica urbanística cause sobre la propiedad inmueble, sobre los terrenos respecto de los que opera.

Ahora bien, no es inmediato el reflejo en el Registro del impacto del urbanismo o de las transformaciones urbanísticas. El planeamiento, por regla general, no tiene acceso al Registro de la Propiedad; y esto incluye al planeamiento de desarrollo (en tesis general no podría serlo nunca, puesto que no cabe alteración del contenido del Registro sin consentimiento del propietario). Mientras el planeamiento no es concretado mediante proyectos o programas urbanísticos concretos, sólo por vía de excepción se inscriben en el Registro actuaciones aisladas, como puede ser una cesión obligatoria de terrenos o la inscripción de un convenio urbanístico que concrete ciertos aspectos del planeamiento, mas unas y otras no dejan de ser consecuencias de las determinaciones del plan y no consisten, desde luego, en la registración del plan mismo.

En líneas generales, puede afirmarse que el urbanismo llega plenamente al Registro de la Propiedad en la fase de ejecución del planeamiento, mediante la inscripción de los proyectos de equidistribución y, lógicamente, si aceptamos nuestra tesis, mediante la inscripción de las modificaciones que impongan los procedimientos de ejecución de las actuaciones de rehabilitación previstas por los planes, programas o instrumentos que las preparan.

Las normas del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, procuran dar un cauce adecuado a la reordenación de la propiedad y las consiguientes modificaciones de sus cargas que se lleve a cabo por medio de las transformaciones urbanísticas. Tienen un

fondo empírico y se apoyan en una práctica contrastada que ha proporcionado fluidez en la inscripción de grandes reorganizaciones de la propiedad, evitando los enormes costes económicos implícitos que originan los retrasos en la inscripción de los proyectos.

Por otra parte, no podemos olvidar que, por la naturaleza de la institución, el Registro debe proteger a los titulares inscritos, y no puede admitir modificaciones que no cuenten con el consentimiento de estos o al menos con su conocimiento, uno u otro según los casos y el grado de protección que el Derecho dispense. Por así decirlo, éstas son las dos bandas de la normativa registral urbanística: facilitar la inscripción del proyecto y proteger a los titulares inscritos.

El inicio de la tramitación registral de los procedimientos de equidistribución se regula en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. La Administración actuante solicita del Registro de la Propiedad la certificación de titularidad y cargas de las fincas incluidas en la unidad de actuación.

El registrador la expedirá y reseñará la iniciación del procedimiento de equidistribución de que se trate por medio de una nota al margen de la última inscripción de dominio vigente de cada una de las fincas comprendidas en la certificación.

Esta nota registral implica que el Registro de la Propiedad publica una advertencia *erga omnes* de que una finca está afectada a un proyecto de equidistribución y que se debe pasar por sus consecuencias.

Mientras se tramita el expediente de distribución de beneficios y cargas conforme a las normas de su sistema (compensación, cooperación, expropiación o cualquier otro sistema regulado por la legislación competente, que es la autonómica), se seguirán despachando los títulos que se presenten en el Registro relativos a las fincas incluidas en la Unidad de Actuación, con la particularidad de que se anotará en ellos al pie la circunstancia de la iniciación del procedimiento. De conformidad con el artículo 102 del RGU, los interesados tienen la obligación de aportar sus títulos a la Administración actuante.

La nota marginal practicada en su caso legitimará los actos que haga la junta de compensación con carácter fiduciario y tiene el efecto de la denominada cancelación *formal* de aquellos títulos que no se hayan aportado al expediente ante Administración actuante.

Una vez finalizado el proyecto, los títulos en que se formalice el proyecto para su inscripción pueden ser básicamente de dos clases: una escritura pública otorgada por los propietarios a la que se añade la aprobación administrativa o la certificación expedida por la Administración municipal. El artículo 6 del Real Decreto 1093/1997 parece distinguir los títulos correspondientes a sistemas de actuación de iniciativa *pública* en su primer inciso, de iniciativa *privada* en el segundo³⁰.

³⁰ (1) «Será título idóneo para la inscripción de la reorganización de la propiedad la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del pro-

El contenido de dichos documentos o títulos está también regulado. Deberá comprender las circunstancias generales previstas por la legislación hipotecaria y además las especiales previstas por el artículo 7 (identificación del proyecto, relación de fincas de origen y resultado, correspondencias, adjudicación de fincas, determinación de la afectación real de cada finca, traslado de cargas, cancelación de las incompatibles...).

Además, sobre la base hoy de los artículos 18 y 54 de la LS (310 TRLS antes) se atribuye a los expedientes de equidistribución una eficacia privilegiada para reajustar a los mismos el contenido del Registro de la Propiedad en cuanto a extremos fundamentales:

1. Rectificación del Registro (arts. 8, 9, 10 del RD 1093/1997, de 4 de julio): el proyecto aprobado es título hábil a efectos de inmatriculación, exceso de cabida, modificación de entidades hipotecarias o reanudación del tracto sucesivo interrumpido.
2. Subrogación real (11, 12); sobre su base se racionaliza el título del adjudicatario, que no pueden ser otros que la subrogación real, la cesión obligatoria o la adjudicación de solares en pago de gastos de urbanización; conservando el efecto del título de adquisición de la finca de origen en los casos de subrogación real, así como su carácter privativo o ganancial.
3. Traslado de cargas (11, 12), estableciéndose:
 - El acuerdo libre de titulares activos y pasivos de las cargas para trasladarlas y distribuirlas (art. 11.8).
 - La regla de traslado de cargas de finca de origen a parcela de resultado siempre que la carga haya sido mencionada formalmente en el expediente y notificada a su titular; así como mecanismos para casos más complejos (v.gr., el establecimiento de porcentajes para el caso de que varias fincas de origen sean subrogadas por una de resultado).
4. La afectación o afección real por gastos de urbanización (19, 20): su naturaleza de garantía real con privilegio (19.1), la determinación distinguiéndose saldo provisional de cuota en la cuenta de liquidación definitiva de los gastos de urbanización y demás del proyecto.

yecto. Dicha certificación podrá protocolizarse mediante el acta a la que se refiere el artículo 211 del Reglamento Notarial a requerimiento de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora a cuya instancia se hubiere tramitado el proyecto.

(2) También será título inscribible la escritura pública otorgada por todos los titulares de las fincas y aprovechamientos incluidos en la unidad, a la que se acompañe certificación de la aprobación administrativa de las operaciones realizadas».

5. La cancelación *formal* de asientos causados por títulos inscritos pero no aportados en el expediente (14 a 17) y los medios para superarla.

La STC de 20 de marzo de 1997 consideró efectos naturales de estos expedientes sujetos a la legislación básica del Estado la subrogación real, el traslado de cargas y la afectación real.

Interpretamos que esta tesis, la utilización de las técnicas de equidistribución en actuaciones de rehabilitación, tiene cabida en la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca, mediante los dos instrumentos que regula sucesivamente, primero el programa de actuación edificatoria, marco de la actividad reedificatoria (cfr. art. 8.1), en una segunda fase el proyecto de reparcelación si fuera necesario, que «se redactará y tramitará con aplicación de las técnicas y procedimiento de la reparcelación» (cfr. art. 13).

Expropiación y ejecución forzosa

Como hemos visto, el incumplimiento de los deberes de construir o rehabilitar, la «inejecución injustificada» de los mismos, pueden desencadenar procedimientos administrativos coercitivos como la expropiación y la ejecución forzosa. Así lo dispone el artículo 36 de la Ley de Suelo.

En el mismo sentido, el artículo 2.2 de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca establece que el incumplimiento del deber de edificar en el plazo previsto habilitará al Ayuntamiento para la edificación forzosa mediante el mecanismo de expropiación forzosa por urgente ocupación, por causa del incumplimiento de la función social de la propiedad o, en su caso, mediante el mecanismo de sustitución forzosa regulado en esta ley³¹.

El artículo 1 limita el ámbito de aplicación de la Ley 7/2012 a «los inmuebles que, habiendo estado en régimen de propiedad horizontal, hayan sido demolidos o deban demolerse como consecuencia del terremoto acaecido el 11 de mayo de 2011 en el municipio de Lorca; la disposición adicional lo ciñe a «aquellos supuestos en los que sea necesaria la reconstrucción de edificios en régimen de propiedad horizontal, como consecuencia de siniestros sísmicos y catastróficos».

No parece necesario abundar en los fundamentos de utilidad pública y función social que legitiman la utilización de estos procedimientos. Simplemente

³¹ Subraya el Preámbulo de la Ley 7/2012, para la urgente reconstrucción de Lorca, que «las medidas de ejecución forzosa previstas en el TRLS son la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, la venta forzosa y la sustitución forzosa. Sin perjuicio de poder utilizar la expropiación forzosa y la venta forzosa, ya regulados en la Ley de Expropiación Forzosa y en el TRLS, resulta necesario regular decididamente el mecanismo de la sustitución forzosa como herramienta de general aplicación para la reconstrucción de Lorca, por considerarla más respetuosa con el derecho de propiedad que la expropiación y más ágil que la venta forzosa, por cuanto no se hace necesaria la inclusión de la parcela en el Registro de Solares ni dejar pasar el plazo de dos años desde su inclusión en dicho Registro...».

añadamos que, en el caso de Lorca, a los mismos deberían añadirse las consideraciones debidas a la importancia social de la reconstrucción, las finalidades derivadas directamente del artículo 107 de la Ley de Economía Sostenible y las políticas recogidas en el artículo 109.32, así como de los principios de la Declaración de Toledo (2010) y el impulso a la Regeneración Urbana Integrada. Buen ejemplo es Lorca para examinar la realidad de las mismas. Pero es que, además, en este caso aparecen como *ultima ratio*, instrumento último del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que establece el artículo 47 de la Constitución. Una vivienda que ya tenían por derecho propio, hasta que por causa de los terremotos del 11 de mayo de 2011 quedó destruida o dañada, derecho propio a los que la Ley y la equidad deberían dar continuidad.

EXPROPIACIÓN FORZOSA

En caso de expropiación forzosa (art. 111 LES) se aplicará la LEF o las disposiciones de la Ley de Suelo y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre el procedimiento de tasación conjunta.

El expropiante será la Administración (Ayuntamiento).

El beneficiario podrá ser la Administración o cualquiera otra persona natural o jurídica cuando concorra causa de utilidad pública, y seguramente también las propias comunidades de propietarios.

El Tribunal Supremo, en diferentes sentencias, exige que el procedimiento de expropiación se dirija contra el titular registral de la finca y que éste tenga en ella la participación exigida por la LEF de 16 de diciembre de 1954.

³² Artículo 109. Rehabilitación y renovación para la sostenibilidad del medio urbano.

La Administración General del Estado favorecerá, en el ámbito de sus competencias y en colaboración con las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, las acciones de rehabilitación y renovación de la ciudad y los demás núcleos residenciales existentes que reúnan las siguientes condiciones:

Tengan por objetivo la cualificación, revitalización y, en general, puesta en valor de las tramas y los tejidos correspondientes, así como, en su caso y complementariamente, de la extensión razonable de los mismos en el ámbito de su periferia inmediata, de acuerdo con criterios de compacidad y proximidad física y funcional y aprovechamiento racional de infraestructuras, dotaciones y servicios y garantizando en todo caso un marco urbano coherente.

Se articulen preferentemente en planes, programas o instrumentos integrales que, considerando las pertinentes variables de naturaleza, ambiental, económica y social en ámbitos urbanos obsoletos, desfavorecidos, degradados o que padezcan problemas de naturaleza análoga determinados al efecto, combinen las medidas de creación o mejora del espacio urbano con las de reequipamiento en dotaciones y servicios y garanticen su coherencia y eficacia.

Contribuyan, cuando tengan carácter aislado, al objetivo a que se refiere la letra anterior y a un marco urbano coherente, en el que se aborde la mejora y refuerzo de dotaciones y servicios y se consideren cuantas variables de naturaleza socioeconómica son inherentes al proceso rehabilitador.

Existirán posibilidades de compensar a los expropiados con aprovechamiento urbanístico o con la entrega de otras prestaciones (como unidades de obra) en lugar de un justo precio en metálico. Pero ello, como advierte FERNÁNDEZ TORRES, requerirá acuerdo con el expropiado³³.

No hay que olvidar que desde la Ley de 5 de noviembre de 1999, inscrita la expropiación forzosa de una finca, debe inscribirse en el Registro correlativamente el derecho de REVERSIÓN en favor del expropiado. De lo contrario, no producirá efecto con respecto a terceros adquirentes.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 8 de febrero de 2012 (BOE de 5 de marzo) trata extensamente las características registrales del derecho de reversión del que es titular el expropiado, entre ellas su naturaleza de carga o gravamen sobre cosa ajena y su carácter de derecho de adquisición preferente o retracto de carácter real y transmisible a terceros cuando se cumplen los presupuestos del artículo 54.1 LEF³⁴.

³³ Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *Las expropiaciones urbanísticas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

³⁴ Es clave su fundamento de Derecho 2: «La expropiación forzosa es una limitación del dominio, y, como dice la doctrina más autorizada, la causa de la misma es la utilidad pública o el interés social. Dicha causa afecta al objeto expropiado (cfr. art. 9 de la LEF) e incide continuadamente sobre dicho bien, por lo que la persona expropiada tiene el derecho de resolver la expropiación que ha llegado a ser infructuosa. En concreto, este derecho a resolver la expropiación, o derecho de reversión según la denominación acogida por la ley, surge en los casos de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como en aquellos casos en que hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, y opera en favor del primitivo dueño o sus causahabientes, que son quienes podrán recobrar en su virtud la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado (cfr. art. 54.1 de la LEF).

Pero la expresión de «derecho de reversión» no es unívoca, sino que encierra varios sentidos, siendo dicha polisemia terminológica el origen y causa de cierta confusión en cuanto a la precisa delimitación de su contenido y alcance. Este Centro Directivo ha señalado (cfr. Resolución de 26 de noviembre de 2001) que son tres los hitos del *iter* de la reversión, todos ellos susceptibles de acceso registral: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los Tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista. Precisando más cada una de estas etapas o hitos, cabe diferenciar otras tantas acepciones conceptuales correlativas a las tres etapas o fases del derecho de reversión. La primera es la del derecho de reversión en estado latente o expectante y nace directamente con la propia expropiación y de forma simultánea a la misma. Este derecho constituye un gravamen o carga sobre cosa ajena que, por el momento, hasta que se produzcan los presupuestos habilitantes del derecho de reversión como derecho efectivo de adquisición preferente —o «causas legitimadoras de la reversión» en la terminología del artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa— (los ya citados de no afectación, sobrantes o exceso de expropiación y desafectación), ha sido considerado como un derecho condicional o eventual. Ahora bien, la reforma del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa operada por la Ley 38/1999 deja claro que, incluso en esta etapa latente, se trata de un derecho ya existente como derecho subjetivo y de contenido patrimonial ya adquirido por su titular incluso antes de que se transforme en un derecho de reversión activo y ejercitable a través de la subsiguiente adquisición o readquisición del bien expropiado, derecho que es susceptible de transmisión *inter vivos* y *mortis*

EJECUCIÓN FORZOSA

A) Sustitución forzosa

1. La sustitución forzosa en la legislación estatal

El artículo 36.2 de la Ley de Suelo dispone que el incumplimiento de los deberes de edificación o rehabilitación «habilitará» para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o para la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas. En su apartado 2 señala que «la sustitución forzosa tiene por objeto la facultad de edificación, para imponer su ejercicio en régimen de propiedad horizontal con el propietario actual del suelo».

La doctrina ha advertido que resulta conveniente desarrollar reglamentariamente la figura de la sustitución forzosa y, como veremos, puede que no le falte razón.

En el panorama autonómico la sustitución (y la venta) forzosa se regulan de modo diferente. Y en el caso de Murcia, el TRLS regional regula la venta forzosa mientras que la sustitución forzosa ha sido objeto de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca.

causa, oponible frente a terceros y por ello inscribible como tal «derecho de preferencia» en el Registro de la Propiedad. Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de febrero de 2006, que al definir el contenido del derecho de reversión, afirma que «como hemos expresado en sentencias de 26 de mayo de 1998 y 19 de septiembre de 1998, y reiteramos en la de 29 de mayo de 2003, el derecho de reversión tiene un contenido patrimonial y, como tal, resulta susceptible de negociación y transmisión, incluso con anterioridad a que se produzca en los supuestos contemplados en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa como determinantes del nacimiento del mismo. En definitiva, pues, y como ya afirmó la sentencia de 24 de enero de 2002, el derecho de reversión es un derecho de naturaleza autónoma transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa*».

En segundo lugar, una vez producido cualquiera de los hechos o presupuestos habilitantes previstos en el apartado 1 del artículo 54 de la Ley, el derecho de reversión latente deviene en un derecho de reversión pleno, activo o actual de adquisición preferente, como derecho potestativo, similar a un derecho de adquisición o retracto, de carácter real e igualmente oponible frente a terceros, que se desdobra a su vez en dos fases, la previa a su reconocimiento administrativo o judicial y la posterior a dicho reconocimiento, reconocimiento que requiere la previa reclamación potestativa por parte del expropiado o sus causahabientes, como titulares del derecho (cfr. art. 54, apartado 4, de la LEF). En este sentido, la misma sentencia antes citada de 8 de febrero de 2006, afirma que el reconocimiento del derecho de reversión por la Administración «hace que éste cobre la plenitud e integridad de su contenido económico». Se trata, pues, de un desenvolvimiento del derecho latente, que deviene ejercitable, efectivo y pleno.

Finalmente, en su tercera etapa el derecho de reversión consumado es aquél en que el derecho reversional de adquisición preferente ha sido reconocido y ejercitado de forma completa mediante el pago o restitución de la indemnización expropiatoria en los términos previstos en el artículo 55 de la misma Ley, dando paso con ello a su consumación mediante la adquisición o readquisición del dominio. En tal momento el derecho de reversión se agota y extingue de forma simultánea a la incorporación en el patrimonio de reversionista de un derecho de propiedad sobre el mismo bien inicialmente expropiado».

La sustitución forzosa parece limitada al incumplimiento de los deberes de edificación y rehabilitación imputables al propietario del terreno (o uno de ellos). No parece extenderse a otros deberes, como los ligados a las actuaciones de transformación urbanística. Según el sistema de Derecho Urbanístico de que nos hemos dotado desde la muy conocida y comentada (y usualmente poco elogiada) STC de 20 de marzo de 1997, sancionado expresamente por el propio artículo 36.1 en este punto, se atribuye a la legislación autonómica regularla y preverla para el incumplimiento de otros tipos de deberes urbanísticos.

Ahora bien, en el principal caso que nos ocupa, motivado por el deber de reconstrucción de los edificios destruidos a raíz de los terremotos de Lorca, es indiscutible que la sustitución forzosa procederá en los casos de incumplimiento de los deberes de edificación y rehabilitación citados, tanto por aplicación general de la Ley estatal de Suelo como por la especial del Real Decreto-ley 11/2012, de 30 de marzo³⁵ y de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca.

Consiste la sustitución forzosa en la sustitución de la facultad de edificación por incumplimiento de la función social de la propiedad, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones *propter rem*, por razón de la cosa, deberes de rehabilitación o edificación, «para imponer su ejercicio en régimen de propiedad horizontal con el propietario actual del suelo».

La nota de coactividad que lleva implícita y su naturaleza compartida con la expropiación forzosa explican que el presupuesto habilitante de la sustitución forzosa sea una resolución dictada en un procedimiento «con publicidad y concurrencia» y en cuya tramitación se haya dado audiencia al propietario de la finca o solar de que se trate y por la que se declare, motivadamente, el incumplimiento de los deberes de rehabilitación o edificación que a dicho dueño incumbían.

Por supuesto, dicha resolución administrativa ha de ser firme, de conformidad con el artículo 88 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Ahora bien, el artículo 63 exige con carácter general para los expedientes de disciplina urbanística que acuerdan el deber de «ceder fincas determinadas o partes concretas de las mismas» que el acuerdo o resolución que los decida no sea susceptible de recurso jurisdiccional. Así pues, contrastados los artículos 88 y 63 del Real Decreto 1093/1997, no podemos por menos que constatar esa diferencia entre ellos.

ARNÁIZ despeja la duda interpretando que el requisito establecido con carácter general en el artículo 63 es aplicable al artículo 88 y que por consiguiente no basta la firmeza en vía administrativa sino que no se haya interpuesto recurso

³⁵ Dispone el artículo 8: «Las actuaciones de reconstrucción de las viviendas afectadas, atendidas las excepcionales circunstancias concurrentes derivadas de la situación de naturaleza catastrófica, y para atender urgentemente al restablecimiento de la normalidad, podrán ser objeto de ejecución forzosa, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, la normativa urbanística de la Región de Murcia y del Ayuntamiento de Lorca, una vez transcurridos dos meses desde la concesión de la correspondiente ayuda».

contra ella. En cambio, en otro sentido, el tenor del artículo 37.2 («dictada resolución..., la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acto ...para su constancia»), de alguna manera podría favorecer la interpretación de que a la luz de la ley es suficiente la terminación del procedimiento en vía administrativa para que la sustitución decretada comience a producir efectos en el Registro de la Propiedad, por lo que una posible impugnación judicial de la resolución administrativa no impediría la inscripción de la sustitución forzosa, sin perjuicio de que el propietario de la finca instara el reflejo registral de su reclamación contra ella mediante la oportuna anotación preventiva.

El título por el cual se constatará registralmente la situación de sustitución forzosa será entonces, de conformidad con la Ley de Suelo, una certificación que comprenderá la resolución administrativa firme indicada. El asiento a practicar será una nota al margen de la última inscripción de dominio. A partir de entonces, si bien dispone el artículo 37.2 que «la situación de venta o sustitución forzosas se consignará en las certificaciones registrales que de la finca se expidan», esta técnica registral de la certificación que origina nota marginal, que ha sido adoptada para el oportuno reflejo registral de diversos procedimientos administrativos (cfr., por ejemplo, el art. 5 del RD 1093/1997) parece aconsejar que no sólo se actúe así en las certificaciones, sino en todos los títulos relativos a la finca que en lo sucesivo tengan acceso al Registro, puesto que (quizá insistir en ello no sea ocioso) la nota marginal practicada no implica en modo alguno cierre registral.

Como dice ARNÁIZ, la sustitución forzosa, ateniéndonos al significado legal del artículo 36.2, es un supuesto de «subrogación forzosa en la titularidad de una facultad dominical». En otras palabras, significa la sustracción al propietario de la concreta facultad de edificar «para imponer su ejercicio en régimen de propiedad horizontal con el propietario actual del suelo», es decir, con una finalidad predeterminada por la ley, de interpretación estricta en el sentido de que no puede ser utilizado para otra finalidad distinta, pero con el contenido o alcance natural que debe reconocérsele para que pueda ejercitarse debidamente, afirmación ésta un tanto vaga mas, estimo, cobrará sentido cuando examinemos la extensión de las facultades que implica, y en el que echamos de menos un mayor recorrido reglamentario o jurisprudencial de esta figura.

Según el artículo 37.3, «en la inscripción registral se harán constar las condiciones y los plazos de edificación a que quede obligado el adquirente en calidad de resolutorias de la adquisición». Puede que la redacción no sea muy ordenada pero parece indudable el efecto resolutorio del incumplimiento de las condiciones que para la futura edificación se impongan en la resolución, que no en el caso de los plazos.

También hay que añadir que, por exigencias del principio de especialidad registral, deberá haber total claridad y determinación en la formulación concreta

de dichas condiciones. Y también que, a fines de registración, quizá la previsión legislativa de nota marginal queda corta y, a causa de la extensión y complejidad que sin duda el asiento puede reunir, lo más razonable es no descartar el asiento de inscripción.

La nota marginal, en buena teoría, dotará de legitimación registral al titular subrogado en la facultad de edificación para realizar los actos que exija la misma, edificar junto a los demás propietarios del terreno en régimen de propiedad horizontal. Y aquí es donde se pone de manifiesto que la regulación existente no ultima las consecuencias del ejercicio de esa facultad.

Registralmente, los actos que, se supone, dimanar naturalmente de la edificación llevada a cabo son la declaración de obra nueva y la constitución en régimen de propiedad horizontal. Suponiendo que al titular de la facultad de edificar se le reconozca la facultad también de concurrir a la declaración de obra nueva del edificio con los otros propietarios del suelo, ¿quid de la *propiedad horizontal*? Nos interesa la opinión de ARNÁIZ³⁶, que sostiene que la propia Administración podría concurrir a la constitución del régimen de propiedad horizontal, pero normalmente con carácter subsidiario, pues también lógicamente están legitimados para ello el edificante y el propietario del suelo, en actuación conjunta.

El artículo 9.1 del Real Decreto-ley 11/2012 atribuye al SEPES la condición de agente edificador en los procedimientos de sustitución forzosa de la edificación de viviendas o edificios afectados, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los mismos, en los términos previstos en el texto refundido de la Ley del Suelo y de la normativa urbanística de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y del Ayuntamiento de Lorca, entendiéndose ampliado el objeto de la entidad previsto en su Estatuto a estos efectos. Como veremos, no es el SEPES el único agente edificador posible, siendo destacada la preferencia de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca a favor de los propietarios del inmueble a reedificar cuando «representen al menos el 50 por 100 de la superficie del solar o, en su caso, el 50 por 100 de las cuotas de participación en la división horizontal».

Mas otro tipo de papel se atribuye al SEPES distinto de la edificación forzosa: el artículo 10 regula un procedimiento para la atribución de actuaciones a esta entidad pública en los casos de edificación voluntaria, disponiendo que los propietarios o copropietarios afectados y sujetos a las obligaciones legales de reconstrucción puedan «atribuir a SEPES la condición de representante legal para la realización voluntaria de todas las actuaciones administrativas, notariales y registrales, así como cualesquiera otras actuaciones contractuales y materiales de toda clase que sean necesarias para la reconstrucción voluntaria de los edificios y viviendas afectados pudiendo actuar esta entidad pública como fiduciaria con pleno poder de disposición, entendiéndose ampliado el objeto estatutario de la

³⁶ ARNÁIZ EGUREN, *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, pág. 728 y sigs.

entidad a estos efectos». «La atribución señalada en el apartado anterior deberá tener lugar a través de acuerdo unánime de los copropietarios y mediante la cesión del derecho de cobro de las ayudas, en los términos que regula».

Expuestas las directrices del régimen estatal, procede examinar el régimen especial para Lorca previsto por la legislación autonómica, la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca.

2. La sustitución forzosa en la legislación autonómica

La «regulación del mecanismo de la sustitución forzosa» que la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca lleva a cabo consiste, ante todo, en un procedimiento para el desenvolvimiento de la sustitución forzosa y la clarificación de los requisitos del mismo (lo cual no es poco).

La sustitución forzosa es esencialmente una cuestión de propiedad civil: su objeto es la sustitución en una de las facultades del dominio, el *ius aedificandi*, con el fundamento de la función social de la propiedad. La propiedad es materia exclusiva de la competencia del Estado de conformidad con el artículo 149.8 de la Constitución, que la ley autonómica respeta. Por otra parte, cabe recordar que las condiciones de ejercicio y efectos de la sustitución forzosa, así como su constatación registral, están ya suficientemente definidos en los artículos 36 y 37 de la Ley de Suelo. En cambio, la sustitución forzosa, como hemos dicho, no tiene carta de naturaleza registral a diferencia de la venta forzosa (y no hubiera sido descabellado recurrir a los artículos 87 y siguientes que el Real Decreto 1093/1997 dedica a ésta para proveerse de respuestas jurídicas adecuadas para su tratamiento registral) y llama la atención que la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca lo haya proporcionado, tanto en cuanto al expediente que se ocupa del presupuesto de la sustitución forzosa (el incumplimiento del deber de edificar) como del programa de actuación edificatoria y del proyecto de reparcelación que la ejecute si es necesario (aplicando la técnica de la equidistribución a la reedificación por tanto) como del otorgamiento de las escrituras públicas pertinentes y la constatación del final de la obra, como vamos a ver.

a) Expediente de declaración del incumplimiento del deber de edificar

Según el artículo 3 de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca, procede la sustitución forzosa cuando se cumple como requisito previo la declaración por el Ayuntamiento de incumplimiento del deber de edificar, mediante el procedimiento regulado en esta ley, iniciado de oficio o a instancia de interesado.

De conformidad con su artículo 4, cuando se inicie el procedimiento para la declaración de incumplimiento se solicitará del Registro de la Propiedad certificación de dominio y cargas del solar correspondiente, debiendo hacerse constar por nota marginal el comienzo del procedimiento para la declaración de incumplimiento del deber de edificar. Se prevé un trámite de audiencia de diez días a favor de los propietarios y titulares de derechos afectados.

A continuación (art. 5) procederá la declaración de incumplimiento del deber de edificar contenida en resolución que agote la vía administrativa, que contendrá entre otros extremos el pliego de condiciones y la convocatoria del concurso para la presentación de Programas de Actuación Edificatoria y su publicación —nótese que la LS estatal exige para esta modalidad de edificación forzosa «publicidad y concurrencia» (cfr. art. 37)—.

Certificación administrativa de la resolución de declaración de incumplimiento será comunicada al Registro de la Propiedad para la práctica de nota marginal a la inscripción de la correspondiente finca.

b) Programa de Actuación Edificatoria

Es el marco en el que se desarrollará la reedificación. Los programas de actuación edificatoria, de conformidad con el artículo 8.1 de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca determinan y organizan la actividad de edificación de solares en el caso de que se haya declarado la situación de sustitución de la ejecución por incumplimiento del deber de edificar de sus propietarios, estableciendo las condiciones para su efectivo desarrollo e identificando al agente edificador sustituto del propietario incumplidor.

No solamente contendrá las normas básicas para la edificación y urbanización complementaria sino incluso el detalle de una «propuesta de división horizontal» (en la que se identificarán las partes que le correspondan a la persona propietaria original y, en su caso, al agente edificador). El presupuesto de la propiedad horizontal como determinante de la aplicación de la Ley 7/2012 autonómica aparece ya en su artículo 1. La propuesta de división horizontal deberá contener cuotas de participación en los gastos de la actuación. Sorprende un tanto la falta de mención del antecedente de la división horizontal, la declaración de obra nueva, que parece necesaria en todos los casos salvo aquellos en los que ni el edificio ni la organización de la propiedad horizontal no van a sufrir más que modificaciones insignificantes.

El programa se tramitará con arreglo al artículo 10, sobresaliendo a efectos registrales la previsión de que su aprobación «conllevará la concesión de la correspondiente licencia de obras, así como la designación del agente edificador, responsable de ejecutar la actuación edificatoria» (cfr. 10.4).

En este punto, recopilamos los agentes edificadores posibles:

- Son, en primer lugar, los propietarios o la comunidad de propietarios. En concordancia con lo previsto en los artículos 19 y 20 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, el artículo 5.2 dispone que los propietarios que representen al menos el 50 por 100 de la superficie del solar o, en su caso, el 50 por 100 de las cuotas de participación en la división horizontal, tendrán derecho preferente para promover la edificación del mismo en las condiciones y plazo determinados por el Programa de Actuación Edificatoria que se apruebe, siempre que formulen dicho Programa dentro del plazo de dos meses a contar desde la publicación de la convocatoria del concurso.
- También lo es el SEPES en los términos del Real Decreto-ley 11/2012.
- Y en el caso de que el concurso quede desierto, no se descarta que el Ayuntamiento pueda promover directamente la reedificación (por sí mismo o a través de sus propios organismos, entidades o empresas de capital íntegramente público o adscritos a otras administraciones públicas) o recurrir al convenio (art. 5.3).

En mi opinión, ni antes ni después de la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca ha estado excluida la posibilidad de que otros sujetos o agentes distintos del SEPES puedan actuar como sustitutos forzosos de los propietarios que no quieran o no puedan participar en la reconstrucción y no deberían negarse posibilidades de actuar como sustitutos forzosos en ningún caso a entidades como las relacionadas en el artículo 18 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en particular las comunidades de propietarios (o una cooperativa constituida por todos o parte de los propietarios con esa precisa finalidad, e incluso terceros ajenos a la comunidad de propietarios...). El Estado ha legislado últimamente para ampliar notablemente las facultades de las comunidades de propietarios, como ya hemos visto, que pueden participar en los programas o planes especiales de rehabilitación así como asumir la gestión de su ejecución, pudiendo ser titulares fiduciarios con pleno poder dispositivo (arts. 19 y 20 del RDL 8/2011), lo que les aproxima en gran medida a la posición de una entidad urbanística de gestión o cooperación, y abona esta sugerencia que naturalmente la cuestión le concierne por su propio interés. Y, sobre todo, no podemos olvidar que, por imperativo legal, la sustitución forzosa debe realizarse en régimen de publicidad y concurrencia (art. 36.1 de la Ley del Suelo)³⁷.

³⁷ El artículo 36 se refiere a la concurrencia del sustituto con el propietario del suelo para edificar en régimen de propiedad horizontal. También, en mi opinión, carece de sentido interpretar que la sustitución forzosa sólo procede si el suelo pertenece a un solo propietario, de modo que la situación se concibe con un solo propietario y un solo edificante. Esto sería demasiado simple y demasiado restrictivo y equivaldría a eliminar la posibilidad de la sustitución forzosa, mecanismo introducido para cumplir *in extremis* la función social de la propiedad, en los casos en los que el solar proindiviso a varias personas. De hecho, en Lorca será la situación más frecuente, y no hay que olvidar que el artículo 1 de la ley autonómica limita su aplicación a edificios demolidos y que hayan de demolerse y que estaban en régimen de propiedad horizontal, es decir, en propiedad de una pluralidad de propietarios.

Podría entenderse por otra parte que el hecho de que la finca objeto de propiedad cuya facultad de edificación va a sustituirse no sea un edificio en régimen de propiedad horizontal no impide el mecanismo de la sustitución forzosa. No se aplicaría la ley autonómica pero en cualquier caso podría efectuarse la sustitución aplicando los artículos 36 y 37 de la Ley de Suelo principalmente.

Una vez que recaiga la aprobación definitiva del programa, se notificará a los propietarios y se expedirá la oportuna certificación administrativa para su inscripción en el Registro, donde se harán constar también las condiciones y plazos de edificación recogidos en el programa.

La redacción de las condiciones desde el punto de vista hipotecario debe cumplir las exigencias del principio de especialidad, que impone la adecuada determinación de las mismas, de modo que despeje todas las dudas sobre su trascendencia real y sobre su carácter de condiciones suspensivas o resolutorias.

En rigor, la Ley de Suelo estatal parece referirse exclusivamente a las condiciones resolutorias (cfr. art. 37.3 *in fine*). En este sentido, parece interesante destacar que la ley catalana (art. 180) prevé especialmente que las condiciones y los plazos de edificación o de ejecución de las obras consten en el proyecto como condiciones resolutorias.

c) Proyecto de reparcelación

Si las circunstancias lo requieren, la Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca abre paso al uso de las técnicas de equidistribución para ejecución de las actuaciones de reedificación. Así, el artículo 13 dispone que «en los supuestos en los que sea necesario», el proyecto de reparcelación se redactará y tramitará con aplicación de las técnicas y procedimiento de la reparcelación, conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, con las siguientes peculiaridades: a) Podrán constituir fincas resultantes los diferentes pisos o locales que conformen el edificio que se construya de acuerdo con el proyecto de ejecución aprobado. b) Contendrá la valoración de las fincas resultantes y las compensaciones económicas que procedan, asignando cuotas de participación y la distribución correspondiente de los costos de la actuación.

Precisa finalmente el artículo 13 que «el proyecto de reparcelación realizará tales operaciones en la forma dispuesta por la normativa hipotecaria aplicable a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad». Por consiguiente, será de aplicación el régimen de inscripción de los actos inscribibles de naturaleza urbanística previsto en el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio.

d) Culminación del proceso de ejecución de la reedificación

Regula el artículo 16 las actuaciones finales del agente edificador y el Ayuntamiento:

- «1. Terminada la edificación de acuerdo con el proyecto de ejecución aprobado y las condiciones establecidas en el programa, el agente edificador lo pondrá en conocimiento del Ayuntamiento, aportando el certificado final de obra suscrito por la dirección facultativa de las obras.
2. El Ayuntamiento, en el plazo de quince días a contar desde dicha comunicación, procederá a realizar la inspección técnica de la misma. En caso de observar alguna deficiencia, la pondrá en conocimiento del agente edificador para que proceda a su subsanación.
3. Una vez informada favorablemente su conclusión, procederá la recepción de las obras de urbanización si éstas forman parte del Programa de Actuación Edificatoria, y con respecto a la edificación, procederá otorgar la licencia de ocupación y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la finalización de la construcción mediante certificación administrativa que surtirá los mismos efectos que una escritura de obra nueva terminada.
4. El agente edificador estará legitimado para el otorgamiento por sí solo, en representación de todas las personas propietarias de los inmuebles resultantes y de los terceros hipotecarios, de la escritura de división horizontal y aprobación de los estatutos que hayan de regir la comunidad de propietarios, conforme a la propuesta de división horizontal o, en su caso, al proyecto de reparcelación».

e) Gastos derivados de la reedificación

El Programa de Actuación edificatoria deberá determinar el modo o modos en que deberá retribuirse la labor edificatoria (art. 11). El proyecto de reparcelación se ocupará del reparto de los costes de la actuación (art. 13).

El artículo 11.b) dispone que el agente edificador «deberá soportar la totalidad de los gastos derivados de la edificación».

Por su parte, los propietarios deberán abonar las cuotas que correspondan a las fincas que les hayan sido adjudicadas en los términos del artículo 14.3 y, en cuanto a sus relaciones con el agente edificador, deberán pagarle la totalidad de los costes derivados de la ejecución de la actuación edificatoria [art. 11.c)].

Llevada a cabo la edificación y cumplida la finalidad de la sustitución forzosa, el piso o local será entregado al propietario sustituido. Nótese que la sustitución se refiere a la edificación, no a ninguna otra de las facultades del

dominio y para construir en régimen de propiedad horizontal y no de otro modo, por lo que el fin natural no puede ser otro que la reintegración plena del dominio. Queda la cuestión de satisfacer lo debido a los gastos que en la reedificación haya invertido el sustituto o agente edificador. La Ley 7/2012 para la urgente reconstrucción de Lorca deja, como vemos, muy claro tanto la obligación del mismo de soportar los gastos derivados de la edificación, en primera instancia, como su derecho a ser resarcido.

Con este objeto parece interesante, sin perjuicio de otro tipo de seguridades, examinar el mecanismo legal de la anotación preventiva de crédito refaccionario regulada en los artículos 42.8 y concordantes de la Ley Hipotecaria.

Esta figura, tratada extensamente por NIETO GARCÍA³⁸, requiere un comentario, siquiera breve. El objeto de la anotación preventiva es garantizar los créditos refaccionarios. Son aquellos cuya causa es la reconstrucción o reparación³⁹. Refacción es rehacer, reconstruir.

Para que esta anotación preventiva pueda practicarse han de cumplirse varios requisitos: 1.º el primero de todos ellos es que la finca a reconstruir esté a nombre del deudor. Y en los casos que tratamos el pleno dominio de la finca no se encontrará a nombre del sustituto sino del propietario sustituido. Éste es el obstáculo interpretativo que podríamos encontrar: puede entenderse restrictivamente que la ley no admite que el convenio pueda ser otorgado por otro sujeto que no sea el propietario inscrito, o acudir a una interpretación finalista que reconozca que naturalmente la facultad de edificación implique las facultades para contratar los créditos necesarios para la construcción de la finca.

En segundo lugar, es un requisito también 2.º) en el caso de que la finca a reconstruir tenga cargas preferentes —una hipoteca por ejemplo—, que se celebre un convenio (cfr. arts. 61 y 62 LH) entre el acreedor refaccionario y el acreedor llamémosle hipotecario por el que se efectúe la valoración de la finca antes de empezar la obra. La anotación se podrá practicar, excepcionalmente, en virtud de contrato que conste por escrito, es decir en documento privado (art. 155 del RH), compareciendo en el Registro de la Propiedad todos los interesados en la anotación, y en principio acompañando los documentos que justifiquen el crédito; ahora bien, desde luego, podría otorgarse en escritura pública; o bien mediante resolución judicial «dictada en expediente instruido para hacer constar dicho valor y con citación de las indicadas personas». Por

³⁸ Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART. Editorial Revista de Derecho Privado, 2000. Tomo VII, vol. 5.º, pág. 211 y sigs. respecto del artículo 42.8 de la Ley Hipotecaria y 361 en adelante respecto de los artículos 58 y siguientes de la misma.

³⁹ GARCÍA CONESA (*Derecho de la construcción*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pág. 384), «El crédito refaccionario se origina en todo lo que, ya dinero, trabajo o materiales, bajo la forma de préstamo convencional, se destine a refaccionar, en general, cualquier clase de edificación».

último, 3.º) la anotación preventiva de crédito refaccionario procede en fase de construcción; nunca cuando la obra está terminada.

El efecto principal de esta anotación es que «surtirá, en cuanto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca» (art. 59.2.º de la LH).

En cuanto a la cuestión de si la comunidad de propietarios u otro sustituto forzoso están legitimados para llevar a cabo las actuaciones que la legislación hipotecaria encomienda al propietario para la constitución de la anotación preventiva de crédito refaccionario, hay ciertas razones para entenderlo así, y no solamente la de que la facultad de edificar parece de alguna manera llevar implícita la facultad de endeudarse por la refacción. El artículo 11 del Reglamento Hipotecario en la redacción que le confirió el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (anulada por la STS, Sala 3.ª, de 31 de enero de 2000) regulaba la actuación de la comunidad de propietarios para recurrir al crédito refaccionario en virtud de un acuerdo en junta de propietarios. El hecho de que esta norma reglamentaria admitiera un acto colectivo relativiza la necesidad de consentimiento individualizado de los propietarios para este asunto. El precepto fue anulado por considerar la Sala que la materia debía regularse por medio de una norma con rango de ley y no reglamentaria, pero nos proporciona una orientación favorable para interpretar que la posibilidad de recurrir al crédito refaccionario y a anotarlo no dependen de una actuación exclusivamente individual del propietario y que se encuentra implícito en la facultad de edificación, en su desenvolvimiento y en sus exigencias financieras normales. Lo que sería totalmente rechazable es que la anotación preventiva se extendiera a más crédito del estrictamente necesario para la reconstrucción.

B) *Venta forzosa*

La Ley de Suelo estatal regula conjuntamente venta y sustitución forzosa. La venta forzosa comparte naturaleza jurídica con la expropiación forzosa y la sustitución forzosa y también su función, basada en el incumplimiento de la función social de la propiedad y en particular deberes concretos de edificación o rehabilitación.

El esquema en ambos casos de ejecución forzosa es básicamente similar. También en la venta forzosa parte de una resolución firme que declara motivadamente el incumplimiento de dichos deberes y que se hace llegar al Registro mediante un título reglado, una certificación administrativa expedida por la Administración actuante que comprenderá literalmente el acuerdo adoptado así como las condiciones y los plazos de edificación a que quede obligado el adquirente, en calidad de resolutorias de la adquisición, y que originará una nota marginal a efectos registrales.

A diferencia de la sustitución forzosa, la venta forzosa cuenta con una regulación hipotecaria especial que se encuentra en las normas complementarias al RH reguladoras de la inscripción de actos urbanísticos, los artículos 87 a 91 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que recogen (lo hacían ya con antelación)

el mecanismo que adopta la ley para la constancia registral de la venta forzosa (arts. 87 a 89), donde además destaca la indicación de los datos de inscripción en el Registro Administrativo de Solares y la causa de la inclusión en el mismo de la finca sometida a venta forzosa. La legislación de la Región de Murcia sí regula los Registros municipales de solares (arts. 203 y siguientes del TRLS regional). No todas las leyes autonómicas recurren a esta figura.

Además, el Real Decreto 1093/1997 establece reglas de inscripción de las adjudicaciones derivadas de procedimientos de venta forzosa. El título inscribible (art. 89) será la certificación administrativa del acuerdo de resolución del concurso a favor del adjudicatario, acompañada del acta de ocupación, y en la que se hará constar: *a)* El pago del precio satisfecho por el adjudicatario del concurso a los titulares del dominio de la finca o de otros derechos inscritos con anterioridad a la fecha de la nota a que se refiere el artículo anterior, o la consignación del mismo en el caso de que, debidamente citados, no hubieren comparecido en el expediente. También se hará constar el pago de las cantidades a que tenga derecho la Administración actuante, según la legislación urbanística aplicable. Y *b)* La especificación literal de las condiciones del concurso.

La inscripción de la finca se practicará, libre de cargas, a favor del adjudicatario del concurso, que tendrá el carácter de beneficiario. Precisa el artículo 90 que «en el momento en que se practique la inscripción de venta forzosa se cancelarán de oficio todas las inscripciones de dominio y cargas inscritas con fecha posterior a la de la nota y la certificación a que se refiere el artículo 88».

El Decreto Legislativo 1/2005, que aprueba el TRLS de la Región de Murcia, establece una especial regulación de la edificación forzosa y el Registro de solares. Prevé (art. 204) la creación de Registros municipales de solares de los propietarios que incumplan el deber de edificación forzosa previsto por el artículo 203, según el cual los propietarios de parcelas y edificaciones en ruina, deberán proceder a su edificación en el plazo fijado por el planeamiento y, en su defecto, en el de dos años desde que la parcela merezca la condición de solar o desde la declaración firme de ruina⁴⁰.

⁴⁰ «Artículo 203. Edificación forzosa:

1. Los propietarios de parcelas y edificaciones en ruina deberán proceder a su edificación en el plazo fijado por el planeamiento y, en su defecto, en el de dos años desde que la parcela merezca la condición de solar o desde la declaración firme de ruina.
2. El Ayuntamiento, por causa justificada, podrá prorrogar por otros dos años el plazo anterior.

Artículo 204. Registro de Solares:

Los Ayuntamientos podrán constituir un Registro de Solares para incluir los solares y las edificaciones declaradas en ruina que incumplan los plazos señalados en el artículo anterior.

El acuerdo municipal para la inclusión de fincas en el Registro de Solares contendrá la valoración de las mismas y supondrá la aplicación del régimen de venta forzosa.

II. TRATAMIENTO DE LAS CARGAS

¿CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR?

La principal cuestión a tratar es el papel de los titulares activos de las cargas (sobre todo, los acreedores hipotecarios) que van a ser objeto de traslado a las fincas tal como nuevamente las definan o describan las actuación de reconstrucción.

Las fincas pudieran ser reconstruidas sin alteraciones sustanciales. U ocurrir en cambio que su configuración haya experimentado modificaciones. En especial, las cuotas en la propiedad horizontal pueden también haber sufrido variaciones al alza o a la baja para ajustarlas a la realidad del edificio que sustituye total o parcialmente al que existía con anterioridad.

O, planteado de otro modo, como fruto de la reconstrucción, cualquiera que sea el escenario en que se dé, el derecho de un propietario puede haber cambiado: así, puede que su participación o cuota en la copropiedad haya sido disminuida (o ampliada): por ejemplo donde antes se le reconocía a su finca un coeficiente del 5 por 100, ahora es de un 4 por 100 (la razón puede haber sido la de que se han construido plazas de aparcamiento donde antes no había y los propietarios les han otorgado cuota de propiedad horizontal reduciendo las que existían); o puede ocurrir también que por exigencias de la reconstrucción haya tenido una reducción drástica en la superficie construida de un piso que comporte la disminución de su coeficiente; o que, tras la misma, el propietario que lo era de un piso vivienda con un 5 por 100 de cuota ahora lo sea de un piso vivienda, trastero y plaza de aparcamiento (a los que ahora se atribuyen nuevas cuotas, pongamos que de 3,5, 1 y 0,5 por 100, respectivamente).

Artículo 205. Venta forzosa:

1. El Ayuntamiento, en el plazo máximo de un año desde la inclusión del inmueble en el Registro de Solares, lo sacará a subasta pública con su valoración como tipo de licitación. El precio obtenido se entregará al propietario, una vez deducidos los gastos ocasionados y, en su caso, las sanciones aplicables.
2. Si la subasta se declarase desierta, se convocará de nuevo en el plazo de seis meses, con una rebaja del 25 por 100 del tipo.
3. Si también quedara desierta, el Ayuntamiento, en el plazo de seis meses, podrá adquirir la para el Patrimonio Municipal de Suelo.
4. Transcurridos los anteriores plazos sin que se haya producido la venta quedará sin efecto la inclusión en el Registro.

Artículo 206. Obligaciones del adquirente:

1. El adquirente de inmuebles, a que se refieren los artículos precedentes, quedará obligado a comenzar las obras en el plazo de seis meses a partir de la toma de posesión de la finca, y a edificarla en el plazo fijado en la licencia.
2. El incumplimiento por el adquirente de estos deberes determinará la nueva inclusión del inmueble en el Registro de Solares».

Las posibles variaciones se pondrán de manifiesto en una fase temprana desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, tan pronto como se otorguen los títulos de obra nueva en construcción y propiedad horizontal o las modificaciones de los mismos.

Ante esta realidad, en particular es importante examinar si es preciso el consentimiento de dichos titulares de cargas para aprobar las modificaciones efectuadas.

Un cambio en la configuración física o en el destino de un departamento (v.gr., de local comercial a vivienda) supone indudablemente una alteración real en un inmueble y, si está hipotecado, la alteración lo es también en el objeto de la garantía. Son principios generales del Derecho español que los derechos se ejercitan con arreglo al contenido inscrito (art. 38 de la LH) y que no cabe modificar derechos inscritos sino por el titular o por el consentimiento de éste (arts. 20 y 40 de la LH, considerados por la DGRN como «corolario» del principio de tutela de los derechos recogido en el artículo 24 de la Constitución).

También en materia de derechos reales el Código Civil impone restricciones legales a las facultades del propietario de la cosa gravada, basadas en el respeto a las facultades concedidas: al *ius variandi* del propietario de la finca gravada con servidumbre, pues no puede modificarla sino con las condiciones del artículo 545 del Código Civil; al dueño de la cosa o finca dada en usufructo, quien no puede alterar su forma ni sustancia ni hacer nada que perjudique al usufructuario según el artículo 489; y en el caso de la hipoteca, cabe tener en cuenta que de conformidad con el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, por los actos que por voluntad del deudor menoscaben el valor de la cosa hipotecada y disminuyan la garantía hipotecaria concede el Derecho al acreedor hipotecario la acción de devastación, pero no interdictos o acciones posesorias u otros remedios para ponerles fin.

Puede adoptarse una perspectiva clara de la cuestión a través de la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 27 de diciembre de 2010, que de alguna manera condensa las orientaciones del Centro Directivo en esta materia.

Es más, específicamente aborda si, en una modificación de propiedad horizontal que afecta a pisos y locales gravados con hipoteca, constituye defecto o causa impeditiva de la inscripción la ausencia del consentimiento del titular de dicha hipoteca.

Como hace constar la DGRN (Fundamento de Derecho 12): «El cuarto y último defecto señalado en la nota (registral de calificación negativa) hace referencia a la circunstancia de que al estar determinados elementos independientes gravados con hipoteca a favor de terceros no pueden, sin el consentimiento de estos (*sic*), practicarse las inscripciones solicitadas».

Según la DGRN: «...si tenemos en cuenta que: a) es principio básico de nuestro sistema, que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantiza-

do, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (cfr. arts. 122 y 125 de la LH); *b*) que cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirán pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente; *c*) que tal sucede en el supuesto debatido, en el que respecto de una parte de los elementos comunes que no es estrictamente necesaria para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos, se acuerda su objetivación jurídica (mediante su configuración como un nuevo elemento privativo con su cuota sobre el todo), su desvinculación de la específica afectación al servicio o utilidad común que se le había asignado en el título constitutivo, y su adjudicación inmediata a uno de los comuneros; *d*) que para los supuestos de desafectación de elemento común es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr., por todas, Resolución de 28 de febrero de 2000) que no es necesario el consentimiento de los titulares de los créditos hipotecarios recayentes sobre algunos de los pisos y locales integrantes del edificio; y *e*) que las operaciones de división o alteración de fincas no afectan a terceros, no cabe más que concluir que no puede sostenerse el defecto examinado» (a la DGRN no se le puede negar coherencia en el distinto tratamiento en materia de propiedad horizontal entre aquellos casos en los que ha de adoptarse una decisión que versa exclusivamente sobre la copropiedad de los elementos comunes —en acuerdo en junta de propietarios como acto colectivo— y aquellos que afectan al contenido esencial del derecho privativo de un condueño, los que «directa o indirectamente, perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad», para los cuales exige el consentimiento singular del propietario, siempre).

Termina la Resolución: «Y ello sin perjuicio de que, como en el caso de desafectación de un elemento común, quede el nuevo elemento privativo gravado con las cargas que, por afectar a aquellos elementos que agotaban la cotitularidad sobre los elementos comunes, deben recaer sobre el mismo en virtud de lo establecido en los artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria (vid. Resolución de 13 de junio de 1998)»⁴¹.

Unimos la doctrina expuesta a otras consideraciones para llegar a las siguientes conclusiones:

⁴¹ GARCÍA GARCÍA (*Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011) apunta, en crítica a la doctrina de la Resolución de la DGRN, de 23 de junio de 1998, sobre arrastre de cargas por desafectación de la vivienda del portero que la situación en el fondo es de gran complejidad, echando de menos que la DGRN no exigiera el consentimiento del acreedor hipotecario para liberar de la hipoteca al nuevo elemento privativo creado pues, aunque el acreedor hipotecario, reconoce, no está legitimado para intervenir en los asuntos de la comunidad, tampoco pueden imponerse limitaciones que afecten a los bienes hipotecados sin su consentimiento, por ser tercero.

- Para modificar la propiedad horizontal, según el criterio de la DGRN así fundamentado, no puede exigirse el consentimiento del acreedor hipotecario (y por extensión o, en general, los titulares activos de las cargas). Ni siquiera aportando otros argumentos basados en una aparente analogía, como el de la intervención reconocida por el artículo 403 del Código Civil a favor de los acreedores de los partícipes de la cosa común, que no puede pacíficamente ser equiparada a la exigencia de conformidad de los mismos. Sin embargo, es innegable que, en aras a la clarificación del estado de cargas de la propiedad y de la mayor seguridad jurídica, sería conveniente que el acreedor hipotecario prestara su consentimiento a las modificaciones que afecten a la morfología o a la cuota del piso hipotecado, lo cual no tiene por qué resultar oneroso para la garantía hipotecaria si como consecuencia de la mejora en la construcción del edificio el departamento hipotecado ha incrementado su valor. Las actuaciones positivas de los acreedores pueden tener un doble efecto: clarificar el objeto de la carga y la situación jurídica por consiguiente y además facilitar y simplificar una futura ejecución de su derecho evitando discusiones sobre la extensión objetiva del mismo.
- En reiteradas ocasiones la DGRN ha reconocido al acreedor hipotecario su derecho a promover la ejecución con el alcance y extensión en que constituyó su garantía, en todo caso. Ahora, uno de los límites a esta facultad del acreedor aparece en el artículo 134.2 de la Ley Hipotecaria, pues «subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones.
- Si la cuota o participación del piso o local en la propiedad horizontal experimenta una reducción a favor de otro elemento o elementos, sobre los mismos habrá que registralmente arrastrar la carga de que se trate en proporción a la cuota de aquel piso o local, y el acreedor podrá pedir la ejecución sobre ambos.
- Las acciones que el Derecho pueda conceder a los acreedores o titulares de cargas si se lesionan sus intereses no tienen una repercusión registral directa. El fraude de acreedores pertenece al ámbito jurisdiccional si bien los acreedores, incluidos los hipotecarios, tienen la acción pauliana para impugnar los actos que haga el deudor en fraude de su derecho (art. 1111 CC) y en los casos de los artículos 37.4.º de la Ley Hipotecaria y 1295 del Código Civil podrán anotar la demanda de impugnación de los actos dispositivos que el deudor haga, siempre y cuando traten de atacarse actos de éste que revistan verdadera trascendencia real. Y finalmente, como hemos dicho, los actos del deudor que disminuyan la garantía hipotecaria menoscabando el valor de la cosa hipotecada conceden al acreedor hipotecario la acción de devastación

en los términos del artículo 117 de la Ley Hipotecaria; pero una cosa es que esta acción se regule en la Ley Hipotecaria y otra que implique causa impeditiva de la inscripción por el mero hecho de su ejercicio o de la existencia de los hechos por los que pueda concederse. Otra interpretación sería absurda.

Por último, en el caso de que la carga a considerar sea un embargo, hay que tener en cuenta la posible aplicación del artículo 135 de la Ley Hipotecaria: «El registrador deberá comunicar al juez ante quien se sustancie un procedimiento ejecutivo, incluso cuando recaiga directamente sobre bienes hipotecados, la extensión de ulteriores asientos que puedan afectar a la ejecución».

Podría pensarse que las modificaciones en el piso o local embargado no necesitan contar con la aprobación judicial, y que el registrador cumple avisando al juez de que han tenido lugar las mismas con el fin de que en el seno del proceso las partes lleven a cabo las actuaciones que convengan a sus intereses.

No obstante, esta cuestión podría admitir otros enfoques y no es fácil obtener una respuesta categórica y general para los problemas que pueden plantearse.

Una vez examinada esta cuestión, procede tratar las características del traslado de cargas:

- Tanto sobre la *porción del copropietario* (el piso o local nuevo), en principio las propias de una subrogación real.
- Como sobre los *nuevos elementos* que hayan surgido de la nueva propiedad horizontal o de la propiedad horizontal reorganizada, en principio la cuestión del alcance del arrastre de cargas.

Traslado de cargas que gravaban los derechos de los condóminos a la «porción» que se le adjudique al cesar la comunidad

Hemos considerado que la destrucción del edificio determina la extinción de la propiedad horizontal y la aparición de una comunidad de bienes, con las matizaciones expuestas en la primera parte de este trabajo, por lo que nos referiremos a los traslados de cargas a la «porción» que se adjudique a los condueños una vez producida la extinción de la comunidad.

En esta situación, según la doctrina de la DGRN, juega la subrogación real. Disponemos de dos precedentes al menos que lo corroboran:

- La Resolución de 27 de abril de 2000 aborda un caso en el que se decretó judicialmente un embargo sobre la mitad indivisa de finca perteneciente al demandado; en el ínterin se había extinguido el condominio sobre dicha finca hasta entonces indivisa, dividiéndose la cosa común de conformidad con el artículo 401.2 del Código Civil, es decir, mediante

la adjudicación de pisos o locales independientes a cada uno de los condueños. A tenor de su fundamento de Derecho 2.º, «...como regla general... dividida una finca en varias nuevas e independientes, aquélla ha dejado de existir jurídicamente (sin perjuicio de las particularidades del supuesto específico de división horizontal de un edificio —cfr. especialmente, art. 218 RH—). Ahora bien, si se tiene en cuenta la aplicación del principio de subrogación real recogido en el artículo 399 del Código Civil, en cuanto que la parte material que en la división de la cosa común se adjudica a un copropietario ocupa la posición jurídica de la cuota respectiva, no podrá rechazarse la anotación del embargo sobre esa porción material adjudicada al antiguo condominio so pretexto de que el mandamiento identifique al objeto de la traba tal como era antes de la división, máxime si se tiene en cuenta la idéntica naturaleza inmobiliaria de uno y otro (cfr. art. 334.10 del CC en relación con lo previsto en el art. 1447 de la LEC)».

- En la Resolución de 5 de febrero de 2011, acordado el embargo de una finca formada por agrupación instrumental para reparcelación, el registrador practicó la anotación preventiva sobre las fincas de resultado inscritas a favor del deudor y la DGRN consideró correcta esta actuación.

No podemos decir que los argumentos a favor de la conformidad o de un consentimiento-control de los acreedores sean sólidos, a tenor de la jurisprudencia examinada:

- El embargo de cuota indivisa no impide la disposición de la cuota de cada partícipe, según la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4814).
- Según la STS de 28 de febrero de 1991, el titular de carga sobre la cuota (en el caso, usufructuario) carece de acción para intervenir en el proceso que tiene por objeto la división de la cosa común, salvo fraude de sus derechos⁴². Ahora bien, una sentencia de la AP de Girona (444/2000 de 5 de octubre) interpreta que, cuando la propiedad de la cuota está gravada con un usufructo, el nudo propietario no puede ejercitar la acción

⁴² STS de 28 de febrero de 1991: «...de acuerdo con el artículo 405 en relación con el 490 del Código Civil, el usufructuario de cuota indivisa de una cosa (finca) en copropiedad no se ve perjudicado por la división de la expresada cosa en común, en cuanto su derecho real se mantiene subsistente y se concreta o individualiza, por imperativo legal, en la parte que se adjudique al propietario o condueño, por lo que, en principio, dicho usufructuario carece de acción para intervenir (activa o pasivamente) en el proceso encaminado a realizar la expresada división, salvo en el caso de que ésta se hubiere efectuado en fraude de sus derechos, supuesto que aquí no se da, pues la sentencia recurrida declara expresamente probado que el actor señor C. del A., aquí recurrente, en su calidad de usufructuario, no ha sufrido perjuicio alguno como consecuencia de la división material de las fincas...».

de división sin el consentimiento del usufructuario cuando esto implica alteración en la forma o la sustancia del usufructo; mas cualquiera de los demás comuneros distintos del nudo propietario pueden ejercitar la acción sin que en este caso sea preciso llamar al proceso al usufructuario.

- Según la SAP de Murcia (Sección 4.ª) 5/2007, de 4 de enero: «...hecha la división de la cosa común, conforme al artículo 399 del Código Civil (“directamente relacionado con el art. 71 de la LH”) la carga (en el caso, hipoteca), recaerá sobre «la parte que corresponda al titular al que se le adjudique» pues una cosa es no perjudicar a tercero, al titular de la carga, y otra mejorar su posición a costa de los otros condueños cuya cuota no está afectada por ese gravamen⁴³.

Así pues, el consentimiento de los acreedores no parece necesario en modo alguno para el traslado de cargas a la «porción» adjudicada. No sólo la jurisprudencia ha sido clara a este respecto sino, como vamos a ver, la doctrina también.

El Derecho reconoce a los acreedores el derecho de solicitar concurrir a la división de la cosa común. El fundamento de esta garantía legal se encuentra en la posibilidad de que la extinción del condominio, la división de la cosa común, sea ocasión de confabulaciones que dañen los derechos del acreedor. Para ser respetuosos con las reglas del tráfico inmobiliario, sería inaceptable que las garantías que los acreedores hayan obtenido lícitamente fueran disminuidas por actos de sus deudores y terceros, por ejemplo, adjudicando al comunero deudor

⁴³ Sentencia número 5/2007, de 4 de enero, de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª): «...esta entidad era titular de una hipoteca sobre la cuota indivisa de un bien, y si éste se divide, conforme al artículo 399 del Código Civil, la hipoteca recaerá sobre la parte que corresponda al titular al que se le adjudique. Añade la apelante que sin consentimiento expreso del titular del bien no puede establecerse un gravamen únicamente sobre su propiedad si éste no lo consiente y que la sentencia ignora totalmente la condición de tercero que establece el artículo 405 del Código Civil y que en ningún momento puede ser perjudicado. Frente a ello, hay que tener en cuenta que la hipoteca de la CAM la constituyeron tres personas sobre sus respectivas cuotas sobre un bien indiviso, por eso ni realmente tenía que afectar a todos los copropietarios, sino sólo a los tres anteriormente mencionados, de los que trae causa indirectamente don Constantino, ni tenía que afectar a todo el bien, sino sólo a una cuota del mismo, que tras su división quedó materializada. Así, el artículo 123 de la Ley Hipotecaria dispone que si una finca hipotecada se dividiera en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaran el acreedor y el deudor. Pero es que lo hipotecado propiamente no era una finca, sino tres cuotas de 6,764 por 100 cada una, pertenecientes a personas físicas determinadas, entre las que no estaba don Javier. Y el artículo 405 del Código Civil, directamente relacionado con el 71 de la Ley Hipotecaria, dice que la división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Pero una cosa es que la división no perjudique y que se conserven los derechos de hipoteca, y otra diferente que mejore al tercero y que se amplíen los derechos reales inicialmente existentes, perjudicando a personas ajenas a la hipoteca de que se trate, tal como pretende la apelante».

al disolver la comunidad una «porción» de valor inferior al que tenía la cuota indivisa sobre la que recaían las garantías de sus acreedores.

Mas este derecho de concurrir a la división se ejercita, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «sólo con facultades de control a fin de evitar que la división se haga en fraude o perjuicio de sus derechos»⁴⁴ hasta el punto, interpreta este autor, de que la oposición de los acreedores no impide *per se* la validez y eficacia de la división. Ni siquiera la falta de concurso de los acreedores, entiende PUIG BRUTAU⁴⁵.

Como resume RIVAS TORRALBA⁴⁶, «el acreedor, por muy presente que esté, no puede imponer a los partícipes la forma de efectuar la división; su presencia no tiene más finalidad que la de tratar de evitar el resultado fraudulento o, al menos, proporcionarle un conocimiento directo e inmediato de la actuación de los comuneros, que le facilite la defensa de su derecho».

Teniendo en cuenta los intereses en juego y un principio de proporcionalidad, probablemente puede sostenerse que los comuneros cumplen las garantías legales reconocidas a los acreedores facilitando información suficiente, en el momento adecuado, acerca de sus propósitos o acuerdos de cómo verificar la división de la cosa común, y que el derecho del acreedor se ve satisfecho con el conocimiento del resultado de la división de la cosa común, a la vista del cual podrá ejercitar sus acciones si lo considera oportuno, o bien, por supuesto, conceder su aprobación (actitud de cooperación jurídica) o incluso optar por el silencio. Cualquier otro acto obstativo distinto de la interposición de acciones —y su anotación de demanda— no debería inquietar los efectos de la división. Al menos, no es fácil hallar una razón suficiente para hacer una interpretación distinta.

Los acreedores también disponen de una acción rescisoria para el caso de fraude de acreedores que, como tal, deberá cumplir los presupuestos de las acciones rescisorias, y otra acción de impugnación, en la que no habría que probar el fraude, cuando la división se ha practicado no obstante su oposición formalmente interpuesta. En cualquier caso, deberán dirigir sus acciones contra el condominio entero, es decir, contra la totalidad de los comuneros (instando, eventualmente, la anotación registral de la demanda en que se ejercitan), por lo que puede decirse que la impugnación no parece una opción cómoda para el acreedor.

Finalmente, insistimos en que la actuación positiva del acreedor o titular activo de la carga tiene importantes efectos. La aprobación que él otorgue a la extinción del condominio librára al traslado o arrastre de cargas de toda duda posible. La hipoteca o embargo (u otra carga) que gravaba el derecho del propietario sobre el piso demolido pasará a gravar la nueva finca o fincas que se le adjudiquen a éste. En caso de que sea más de una, será conveniente, no

⁴⁴ PEÑA, *Derechos reales...*, pág. 494.

⁴⁵ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º, pág. 49.

⁴⁶ RIVAS TORRALBA, *Anotaciones de embargo*, pág. 508, Barcelona, Bosch, 4.ª edición.

obligatorio, que por convenio entre acreedor y deudor dividan el crédito entre ellas de conformidad con los artículos 122 y siguientes de la Ley Hipotecaria, lo cual puede tener lugar por instancia en los supuestos amparados por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de enero de 2004. Es evidente que la intervención del acreedor es positiva en estos casos y contribuye a fijar los derechos y evitar controversias.

Sin embargo, existe un delicado problema de interpretación que la doctrina no ha conseguido resolver de una forma categórica: si la cuota de uno de los condueños ha sufrido, durante la indivisión, un embargo (anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad), otorgada, posteriormente, la división de la cosa común (en escritura pública) y adjudicada la porción material, ¿será necesario el consentimiento del acreedor titular del embargo u otra carga, a fin de evitar menoscabo en sus derechos? En la doctrina se han propuesto tres soluciones:

1. Una, que exige el consentimiento del acreedor al aducir que el artículo 405, al señalar que la división de la cosa común no perjudicará a tercero, cuyo derecho no puede verse alterado por la sola voluntad de los partícipes. Se opone a esta respuesta doctrinal que en principio hay que distinguir entre gravámenes impuestos sobre cuota indivisa y gravámenes impuestos sobre la cosa común, y parece que el artículo 405 se refiere sólo a este último caso. Con relación a los derechos reales impuestos sobre cuota, en concreto las hipotecas, afirma ROCA SASTRE que la concreción de la carga sobre la porción adjudicada al cesar la indivisión se produce por imperativo del artículo 399 y además de modo retroactivo. Para RIVAS TORRALBA esto es aplicable también a los embargos.
2. Otra postura opta por el denominado *arrastré básico de cargas*, admitiendo que sin necesidad del consentimiento del acreedor pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad la división de la cosa común, ahora bien: se arrastraría el embargo u otra carga respecto de todas las fincas resultantes de la división de la finca y no solamente respecto de las fincas que hayan sido adjudicadas al antiguo condueño para concretar su cuota. Esta opción respetaría totalmente el artículo 405 del Código Civil y los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario justificarían esta técnica. Si los comuneros exigieran posteriormente la concreción del embargo exclusivamente a las fincas adjudicadas al condueño cuya cuota estaba gravada, la misma habría de ser consentida por el acreedor; pero éste, para oponerse a ello, debería ejercitar la acción de impugnación de la división ya que, si se niega sin justa causa a la concreción, podrá ser demandado a ese efecto y su consentimiento ser suplido por el juez. Esta opinión, en cuanto exige también la condición del consentimiento del acreedor, recibe una crítica parecida, es decir, que no parece que del tenor del artículo 399 resulte obligatoria.

3. Una tercera tesis que trata de ser plenamente acorde con el artículo 399 defiende que el embargo u otra carga que gravara la cuota del condueño haya de pasar a gravar exclusivamente las fincas que se le adjudiquen al mismo en pago de su cuota. Se dice que esta postura libera a los comuneros de otros requisitos (el consentimiento del acreedor) no exigidos por el artículo 399. Se completaría esta técnica con notificaciones a los acreedores interesados a fin de que ejerciten los derechos que les concede el artículo 403 del Código Civil (y en su caso con la comunicación al Juzgado de que el embargo que decretó ha sido afectado por otro acto, de conformidad con el art. 135 LH). A esta posición se objeta que eliminando todo control de los acreedores, es fácil que los comuneros defrauden sus derechos obrando de acuerdo para concretar la cuota en una porción de valor insignificante.

Es cierto que la DGRN tiene declarado que los derechos del acreedor permanecen incólumes frente a los cambios posteriores, pero existen o pueden existir ciertos problemas en la ejecución, tanto en caso de anotación preventiva de embargo, como de hipoteca sobre una finca con una determinada descripción y características físicas que, en el caso que nos ocupa, se altera, cambia, por causa de la extinción sobrevenida y forzosa de la propiedad horizontal; ahora la hipoteca o el embargo recaen sobre una cuota indivisa (si en el Registro se ha hecho constar la conversión de la comunidad de especial en comunidad ordinaria); o bien supongamos que se ha verificado la extinción del condominio o se ha llevado a cabo una reestructuración de la propiedad horizontal resultado de las cuales es que los derechos del anterior propietario han sido concretados en una nueva finca o en una nueva finca y participación en otra. En una palabra, ha cambiado el soporte fáctico o la realidad física, el objeto sobre el que recaían la hipoteca o el embargo.

Si tomamos como inicio de la ejecución en el Registro de la Propiedad la expedición de la certificación de cargas del artículo 656 LEC, podemos encontrar que la misma se expide habiendo recogido el cambio en la finca, o sin recogerlo:

- 1.º En el primer supuesto, que la certificación recoja la inscripción de la nueva finca, entiende RIVAS TORRALBA⁴⁷ que, «ni el juez ni el acreedor podrán ignorar este hecho» y en su opinión, el acreedor «habrá de optar entre continuar el apremio sobre la porción material adjudicada a su deudor o impugnar la extinción de la comunidad».
- 2.º En cambio, si la certificación de cargas no recoge el cambio descriptivo, sino que mantiene la antigua descripción de la finca, supuesto al que parece que podemos equiparar el de continuar la ejecución con la descripción antigua, insistiendo en sacar a pública subasta el derecho

⁴⁷ Página 515, *op. cit.*

del propietario que ya desapareció por la destrucción del edificio y se convirtió en otra cosa (cuota o finca o fincas que lo han reemplazado), suponiendo que la ejecución culmine y se presente en el Registro el testimonio del auto o decreto de adjudicación, éste se encontrará con el obstáculo de que no existe ya registralmente la finca o derecho adjudicado en el Registro como tal y, como indica RIVAS TORRALBA, «habrá que proceder previamente, por exigencias de tracto sucesivo, a la cancelación de las nuevas fincas adjudicadas a los copropietarios».

Pero como las inscripciones a cancelar «han sido practicadas en virtud de un contrato divisorio válido, mientras no se impugne», sólo podrán ser canceladas mediante sentencia firme recaída en proceso declarativo seguido contra sus titulares. Puro efecto de los artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria. Si el auto o decreto de adjudicación contienen pronunciamiento de cancelación, según este autor «debería ser denegada por infringir el artículo 82 de la Ley Hipotecaria y por falta de congruencia con el mandato con el procedimiento seguido (art. 100 del RH).

El adjudicatario puede verse obligado en suma a impugnar la división o extinción de la comunidad en juicio ordinario. Según RIVAS, «solamente podría inscribir su adquisición en caso de que recayera sentencia favorable que ordenara la cancelación de todas las inscripciones practicadas a favor de los partícipes».

Esta tesis parece recibir apoyo en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de julio de 1987 (*BOE* de 21 de agosto).

En el que hemos denominado segundo escenario, en la medida que se mantenga el número de orden de la propiedad horizontal de los pisos y su cuota, es de esperar que el tratamiento de las cargas represente menos complejidad práctica que cualquier otro caso, siquiera porque al conservar la finca su número de orden y su cuota⁴⁸ no pierde su individualidad en el conjunto.

Y si la cuota experimentase una disminución como resultado de la modificación, probablemente serán aplicables las orientaciones siguientes.

Traslado o arrastre de cargas a nuevos elementos de la propiedad horizontal

Las cargas que gravan los elementos privativos de una propiedad horizontal, de conformidad con la naturaleza de la misma, afectarán a los nuevos elementos privativos de la propiedad horizontal que puedan surgir con posterioridad.

⁴⁸ O se mantiene la cuota o se divide entre el piso antiguo y los nuevos elementos que se adjudiquen al propietario (de antemano, si en este último caso la cuota no fuera desglosada de un modo reconocible, transparente, sin trazabilidad, la calificación sería negativa y deberá aclararse por exigencias del principio de especialidad).

El criterio a seguir para el arrastre o afección de cargas a elementos nuevos fue adoptado por las Resoluciones de la DGRN de 28 de febrero de 2000 y de 13 de junio de 1998, sobre la base de los artículos 396 y 1876 del Código Civil y los artículos 104, 122 y 125 de la Ley Hipotecaria y 3, 5, 13, 14 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Esta doctrina surge respecto de la desafectación de un elemento común; por este acto aparece un nuevo elemento privativo, con su número correlativo y cuota de participación en los elementos comunes de la propiedad horizontal, que se rige por dos criterios a tener en cuenta: 1.º) no es necesario el consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria constituida sobre un piso o local para la enajenación del elemento común previamente desafectado y objetivado jurídicamente, la creación del nuevo elemento es de competencia exclusiva de los propietarios; 2.º) ahora bien (arrastre de cargas), aquella garantía subsistirá sobre éste en cuanto a una cuota equivalente a la que a dicho piso correspondía anteriormente sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble.

La Resolución de la DGRN, de 27 de diciembre de 2010, ha reiterado esta directriz. Así, dice, refiriéndose a las modificaciones de propiedad horizontal en general: «Y ello sin perjuicio de que, como en el caso de desafectación de un elemento común, quede el nuevo elemento privativo gravado con las cargas que, por afectar a aquellos elementos que agotaban la cotitularidad sobre los elementos comunes, deben recaer sobre el mismo en virtud de lo establecido en los artículos 122 y 125 de la Ley Hipotecaria (vid. Resolución de 13 de junio de 1998)».

III. OTRAS CUESTIONES

ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LOS NUEVOS ELEMENTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En Resolución de la DGRN, de 4 de diciembre de 2004, se declara inscribible una cláusula de regulación del condominio que prevé que los actos de disposición o gravamen puedan ser realizados por el consentimiento de los partícipes que representen las 2/3 partes de las cuotas de la comunidad, es decir, una mayoría cualificada y no la unanimidad.

Se considera una especialidad al amparo de la libertad de pacto del artículo 392, y la DGRN indica que las posibles imprecisiones de la redacción de la cláusula no llegan a infringir el principio hipotecario de especialidad y deben entenderse de conformidad con el artículo 1284 del Código Civil, en el sentido más adecuado para que produzcan efecto. Queda también totalmente claro que el artículo 397 no tiene carácter imperativo.

CONSTATACIÓN DE LA HABITABILIDAD DEL EDIFICIO

Puede ocurrir que la Administración expida, a petición de parte, certificaciones expedidas sobre la base de los informes de sus técnicos que determinen que el edificio es habitable y que no se le aprecian daños estructurales.

A los propietarios puede interesarles que este detalle conste en el Registro, a fin de despejar toda duda posible sobre la seguridad de su edificio en esta medida.

Es en el fondo una circunstancia que afecta a la obra nueva del edificio, que por tanto puede estar relacionada con la forma de organizarse la propiedad del mismo, la comunidad especial que es la propiedad horizontal, y quizás fuera necesario un acuerdo de la junta para que se incluyera una declaración así en el folio del edificio. Pero se trata de un acto que no afecta a los elementos comunes sino que su naturaleza es un acto de administración, por lo que sería desmesurado exigir unanimidad. Y, evidentemente, a este acuerdo y a su instancia debería acompañarse la resolución administrativa que justifique el hecho.

En definitiva, se trataría de hacer constar que es una declaración de obra no ruinoso. El amplio espectro de los artículos 51 de la Ley de Suelo estatal y 1.º del Real Decreto 1093/1997 admitiría esta clase de constatación registral.

El título inscribible sería la solicitud del presidente de la comunidad acompañada del certificado municipal en que se describa el edificio en su conjunto, se haga constar el expediente tramitado y la resolución recaída.

El asiento a practicar sería una nota marginal en el folio general abierto al edificio.

DESCRIPCIONES DE LOS PISOS Y EL PROBLEMA DE LA LOCALIZACIÓN O SITUACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN LOS TÍTULOS

Una de las anomalías que a efectos de coordinación de las Administraciones ha podido presentarse es que la documentación que integra los expedientes administrativos de gestión de las ayudas, y en particular los documentos aportados por los interesados, no permiten averiguar con facilidad la concreta ubicación o localización del piso o la vivienda por razón de la cual se reclama la indemnización o la ayuda pública.

A menudo los documentos presentados, escrituras públicas esencialmente, tratan de actualizar la finca con nuevos datos manifestándolos en la parte expositiva y acreditándolos algunas veces, pero a menudo no se ha puesto gran interés, al menos en Lorca, en actualizar la dirección postal o la exacta localización de la finca, calle y número, por lo que el historial registral conserva a menudo las circunstancias de situación del edificio del piso o local en cuestión que ya estaban inscritos sin llegarse a actualizar nada. Una cosa es que el Registro pueda mantener los datos antiguos en el historial, sin cancelarlos, porque son

parte del recorrido histórico de la finca, y otra fiar la localización del piso o local a alusiones genéricas, y en muchos casos de una organización territorial municipal anterior a 1986 y a las reformas que al efecto se llevaron a cabo con motivo de la puesta en marcha de la Ley de Bases de Régimen Local, de 13 de junio de 1986. Naturalmente, también ocurre que a menudo la finca no ha experimentado ningún movimiento registral de la propiedad desde los años ochenta. En estos casos el desfase parece inevitable, pero no en otros muchos.

El caso que nos ocupa descubre que no es una preocupación baladí la de que al tiempo de redactarse un nuevo documento relativo a la finca, se ponga cuidado en actualizar su localización o dirección postal.

Ni la Ley del Catastro Inmobiliario (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo) ni la doctrina de la DGRN aportan gran cosa a esta finalidad.

La primera, tras la redacción dada por la ley 2/2011 de Economía Sostenible, limita el procedimiento «voluntario» de adaptación a la realidad física de las fincas a su configuración física y superficie (cfr. art. 18.2 de la Ley del Catastro en su redacción última). En cambio, una Instrucción de la DGRN, fechada en 2 de marzo de 2000, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad, 1.º-4, dispuso que «si hubiere habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que al notario le constaren y diera fe de ello». Esta disposición tan razonable, apenas se ha aplicado.

En la práctica, los interesados han comenzado a aprovechar esta posibilidad legal (con toda razón por otra parte) para acomodar las diferencias de superficie entre la finca escriturada e inscrita y la catastral (lo que presupone una manifestación de ajustarse a la realidad y que la situación no haga abrigar dudas en cuanto a la identidad de la finca). Pero no ponen el mismo énfasis en describir adecuadamente el lugar de situación o la localización de la finca. El artículo 45 de la Ley del Catastro dispone que se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca siempre que «los datos de situación, denominación y superficie, si constara esta última», coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad. Sin embargo, no parece que el artículo 18.2 pueda aplicarse a denominación y situación, que no están mencionados en el mismo, e inexplicablemente la solución ortodoxa parece ser la que se desprendía de las normas generales de las que partía la citada Instrucción: acreditarlo por documento administrativo o por una especial dación de fe del notario —y la notoriedad, como mínimo respecto a la calle de su situación no es infrecuente— a menos que dejemos a un lado la omisión del lugar de situación hecha por el artículo 18.2 y entendamos que de alguna manera la certificación catastral, salvo contradicción con el Registro, acredite la localización del inmueble y por tanto permita la actualización en la descripción del lugar de situación.

La DGRN mantiene una doctrina al respecto que ha resultado en conjunto insatisfactoria para manejar estas situaciones. De la misma resulta, de los hechos expuestos en las Resoluciones, que con frecuencia los títulos sucesivos relativos a una finca no reflejan las actualizaciones descriptivas relativas al número y calle de su situación, y que el registrador ha exigido de algún modo que se proceda a ella. Sin embargo, la DGRN⁴⁹ no ha estimado imprescindible esta actualización, que tiende a considerar mera cuestión de *corrección documental* y no la considera obstáculo para la inscripción.

El límite es que la descripción dé lugar a dudas sobre la identidad y localización de la finca. Y existen casos de notorio desfase con la realidad actual; pero tampoco aparece inmediatamente el efecto ya que basta que en la escritura se contengan los datos registrales de la finca y que ésta conserve la descripción que consta en el Registro:

- La Resolución de la DGRN, de 26 de enero de 2002, señala que la referencia a la calle y el número no es necesaria si en la escritura se aportan los datos registrales necesarios para identificar la finca y además ésta conserva la descripción que consta en el Registro.
- La Resolución de 29 de diciembre de 1992 indica que «no toda omisión de las circunstancias descriptivas constituye obstáculo decisivo a la inscripción la descripción de la finca», si bien la descripción en el título «debe garantizar de modo preciso e inequívoco su identificación y localización». Si su correcta ubicación e identificación no es adecuada, surgiría un obstáculo para la inscripción.
- La Resolución de 7 de enero de 1994 decide que ha de admitirse el título no redactado con la perfección deseable cuando, sin perjuicio para nadie, no suscita dudas ni en cuanto a la finca a que se refiere ni en cuanto al derecho en que se concreta. Una «correcta técnica documental» exige la actualización de los datos descriptivos, pero no seguirla no es por sí solo obstáculo para la inscripción.
- La Resolución de 6 de abril de 2000 concluye que, si el registrador no tiene dudas acerca de la identidad de la finca, no constituye obstáculo para la inscripción la correlación descriptiva entre Registro y título y cabe la inscripción parcial del documento en su caso manteniendo la descripción que consta en el Registro.

Por consiguiente, a falta de una rectificación en la orientación de la doctrina de la DGRN en este punto, subsiste solamente la conveniencia, que no la obli-

⁴⁹ *Fichero hipotecario* de Constancio VILLAPLANA, voz *Descripción de la finca. Falta de coincidencia entre la finca que consta en el título y la que figura en el Registro*. Tomo 1, pág. 1005.

gación, de que el registrador, si considera que no hay problemas para identificar la finca a la que alude la referencia catastral, en la medida de que disponga de un documento catastral u otro de origen administrativo que le permitan suponerlo, haga constar al menos que la referencia catastral aportada (u otros datos administrativos de la finca de que se trate) coincide con la localización del inmueble en la calle y número que corresponda.

Desde luego, no parece haber obstáculos a esta actuación cuando se aporte por ejemplo una certificación catastral con una referencia catastral y una descripción y localización claras del inmueble, y en la parte expositiva de la escritura, al describir la finca, se omita toda actualización. El registrador podría considerar suficientemente acreditadas aquellas circunstancias.

Podrían representar un intento de superación de las orientaciones antes expuestas la doctrina de la Resolución de la DGRN, de 28 de febrero de 2012, que, sin recaer sobre el asunto de la identificación de las fincas, favorecería la integración de los datos descriptivos permitiendo al registrador facilitarse la prueba cuando sea posible: «...Como ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Dirección General en Resolución de 27 de febrero de 2012, el principio de rogación registral es perfectamente compatible con el reconocimiento al registrador de un principio de aportación de prueba. Es cierto que en los procedimientos de inscripción registral, como en general ocurre en todos los iniciados a instancia de parte, la carga de la prueba corresponde, en principio, a quien pretende la inscripción. Ahora bien, ello no exime al registrador de la facultad, y también del deber, de aportar la que se encuentre en su poder por resultar de los asientos del registro y de proveerse de la que esté a su alcance, esto es, de aquella que el propio interesado le debería entregar pero a la que él puede acceder con facilidad, no paralizando así el procedimiento y sirviendo, en consecuencia, al principio de celeridad y, en último término, a la satisfacción del interés general. Una circunstancia que claramente se dará en los casos, como el presente, en los que la prueba se encuentre en otros registros públicos y sea fácilmente accesible. Así deriva de los principios de facilidad probatoria, proporcionalidad y, en particular, los constitucionales de eficacia, legalidad y tutela del interés público, plenamente aplicables, como no podía ser de otro modo, a todos los procedimientos, como es el caso de los de inscripción en los Registros de la Propiedad, de aplicación del Derecho en el ejercicio de funciones públicas...».

En general, sería deseable que la DGRN rectificara orientaciones que no favorecen la coordinación de sistemas de publicidad, como ocurre en este caso o con la debida entre el Registro de la Propiedad y el Registro Civil, que dados los resultados, o más bien la falta de ellos, cuando la realidad los pone a prueba, dan la impresión de cierta frivolidad jurídica.

FLEXIBILIDAD EN LA LEGALIZACIÓN DE LIBROS DE ACTAS

Las orientaciones seguidas por la DGRN en materia de legalización de libros de actas están presididas por el pragmatismo. En la Resolución de 22 de mayo de 2008 admite que puedan legalizarse libros de actas en situaciones análogas a la propiedad horizontal.

En la línea de otras Resoluciones⁵⁰, la DGRN interpreta que el artículo 415 RH detalla el modo de proceder del registrador imponiéndole dos tareas: la práctica de la diligencia en sí, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para efectuarla, y el control sucesivo del número de orden de los libros, todo ello referido, con un amplio criterio, a comunidades, subcomunidades y conjuntos inmobiliarios, tanto para el caso de que tales entidades aparezcan inscritas, como para las no inscritas mediante la extensión de una nota marginal en el folio abierto en el libro de inscripciones al edificio o conjunto sometido a propiedad horizontal en el primer caso, o bien consignando los datos del libro en un libro fichero, cuando no apareciera inscrita la comunidad.

CONCLUSIONES

- I. Casuística. La casuística en la reconstrucción de los edificios de Lorca es muy diversa. Los problemas son diferentes y exigen soluciones jurídicas diferentes. A falta de una legislación especial que pudiera aplicarse, todas las herramientas jurídicas posibles son estimables, cualquiera de ellas podría servir para solucionar un problema, y sólo eso ya las justificaría.
- II. Autogestión e iniciativa. Supuesto que los problemas más agudos afectarán a los propietarios de edificios en régimen de propiedad horizontal, la opción más aconsejable para ellos es afrontar el problema por sí mismos porque solucionarlo está en sus manos. Tan pronto como convengan un proyecto técnico, obtengan la licencia pueden otorgar la escritura pública de obra nueva en construcción y propiedad horizontal, o su modificación y, una vez inscrita ésta, los problemas jurídicos entrarán en vía de solución.
- III. Sustitución forzosa. En el caso de que no pueda obtenerse la unanimidad porque algunos de los propietarios del edificio no quiera o no pueda participar en la reconstrucción (o porque se encuentre en paradero desconocido), a falta de que fructifiquen negociaciones con ellos, la primera herramienta a aplicar debería ser la sustitución

⁵⁰ Resoluciones de 21-5-1997, 20-4-1999, 10-2-2000, 12-2-2000 y 14-2-2000.

forzosa de dichos propietarios. De otro modo pueden convertirse en una *minoría de bloqueo* con consecuencias paralizadoras y el derecho de veto en la práctica. Debemos tener presente que la sustitución forzosa no constituye una privación de la propiedad sino que afecta solamente a una de sus facultades, la de edificar en régimen de propiedad horizontal, por lo que es una solución menos radical para los derechos del propietario que la expropiación o la venta forzosas.

- IV. Crédito refaccionario. Para compensar las cantidades que el sustituto forzoso destine a la reconstrucción del edificio existen diversas opciones financieras o jurídicas, pero no conviene olvidar que el Derecho ha creado para la reconstrucción o refacción una figura jurídica especial que es la anotación preventiva de crédito refaccionario, modo idóneo de garantizar las cantidades desembolsadas en la reconstrucción. Considerando la finalidad constante de este tema, la reconstrucción o refacción, y ponderando los intereses en juego, podría sostenerse que el sustituto forzoso pueda ejercer las facultades que la Ley Hipotecaria atribuye al propietario a efectos de dicha anotación. Toda refacción es onerosa y genera un crédito a favor de quien se ocupa materialmente de llevar la obra a cabo.
- V. Acreedores. El papel de los acreedores o titulares activos de cargas de fincas en la reconstrucción es muy importante. Hemos visto que el Derecho niega que su intervención obligue a recabar su consentimiento. Pero su cooperación será muy positiva, tanto para clarificar los derechos como sus garantías de cara al ejercicio de las mismas.
- VI. Interés más necesitado de protección. El interés que debe prevalecer en la interpretación de las normas es el de la reconstrucción. La función social de la propiedad, el derecho a la vivienda, y consideraciones sociales elementales nos permiten hacer esta afirmación y sostenerla. En caso de duda, debería interpretarse lo más favorable al interés comunitario de reconstruir, y al menos siempre que este interés no signifique falta de equidad o lesión en el contenido esencial de los derechos de los que no quieren o no pueden participar en ella.
- VII. Marco de discusión. Por último, debo insistir en que la intención que tienen estas notas es proporcionar un marco de discusión jurídica, a partir del cual, de modo dialéctico, considerando mejores opiniones o ahondando en los problemas que la reconstrucción implique, lo que aquí se ha dicho pueda ser aplicado o rectificado y, si es posible, mejorado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, Rafael: *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Editorial Civitas, Madrid, 2010.
- *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Editorial Marcial Pons/Colegio de Registradores, Madrid, 1999.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto Óscar y otros: *Los convenios urbanísticos entre las administraciones locales y los particulares*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.
- D'ORS Y PÉREZ-PEIX, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1981.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: *Las expropiaciones urbanísticas*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GARCÍA CONESA, Antonio: *Derecho de la construcción*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta: *El particular en la gestión urbanística*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: *Gastos de urbanización, procesos concursales y derivaciones patrimoniales*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2011.
- *Afecciones registrales. Aplicaciones tributarias y urbanísticas*, Madrid, 2005. Colegio de Registradores, Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris, pág. 41.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: *Propiedad horizontal. Gastos generales. Preferencia de créditos y afección del piso o local. Repercusión registral*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2012.
- NIETO GARCÍA, Bartolomé: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART. Editorial Revista de Derecho Privado, 2000, Tomo VII, vol. 5.º
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- RIVAS TORRALBA, Rafael Antonio: *Anotaciones de embargo*, Editorial Bosch, 4.ª ed., Barcelona, 2008.
- ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*. Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- VV.AA.: *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Ordenación del territorio y urbanismo*, Editorial Reus, S. A., Madrid, 2008.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Ed. Aranzadi Pamplona, ediciones de 1999 y 2002.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STS de 10 de junio de 1985.
- STS de 18 de marzo de 1987.
- STS de 24 de julio de 1989.
- STS de 28 de febrero de 1991.
- STS de 22 de mayo de 1993.
- STS de 14 de noviembre de 1996.

- STS de 3 de marzo de 1997.
- STS de 24 de abril de 1999.
- STS de 30 de julio de 1999.
- STS de 22 de marzo de 2003.
- STS de 9 de abril de 2003.
- STS de 22 de julio de 2008.

RESUMEN

REHABILITACIÓN SUSTITUCIÓN FORZOSA

En esta segunda parte se proponen tres escenarios o tres vías distintas para articular con arreglo al Derecho vigente la adaptación al Registro de la Propiedad de los derechos de dominio y cargas sobre edificios, pisos y locales. El primer camino implica la realización de las operaciones lógicas, paso por paso, para constatar en el Registro los diferentes actos jurídicos a realizar con ese fin. El segundo consiste en comprimir los trámites del procedimiento anterior; lo cual será posible muchas veces. Estas dos vías pueden ser emprendidas por los propietarios en ejercicio de la autonomía de la voluntad. El tercero implica la intervención de la Administración pública en mayor o menor medida.

ABSTRACT

REHABILITATION COMPULSORY SUBSTITUTION

In this second chapter three different scenarios or ways are proposed to assemble the adaptation in accordance with law into force of the ownership and encumbrances over buildings and apartments. The first way involves the realization of the logic operations, step by step, to enter Land Registry the different legal acts to carry out for this purpose. The second one consist of compressing the previous proceedings, what it will be often possible. These both ways can be run by owners acting autonomously their will. The third one implies an intervention of the Public Administrations to a greater or lesser extent.

(Trabajo recibido el 16-9-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)

Procedimiento extrajudicial hipotecario (I): Consideraciones doctrinales

por

MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE

Notario

y

GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA ELÍA

Notario

SUMARIO

PRIMERA: LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD.

SEGUNDA: SOBRE LA SUSTRACCIÓN DE JURISDICCIÓN.

TERCERA: SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL SUBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN.

CUARTA: SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL OBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN.

QUINTA: SOBRE LA SUJECCIÓN A RESERVA DE LEY Y SOBRE EL NOTARIO COMPETENTE.

SEXTA: SOBRE LA INDEFENSIÓN AFECTANTE A PARTES Y TERCEROS.

SÉPTIMA: SOBRE LA IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO EJECUTANTE.

OCTAVA: SOBRE EL VERDADERO TRASFONDO DEL PROCEDIMIENTO.

NOVENA: SOBRE EL CONTROL DE OFICIO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN ABUSIVAS Y SU TOTAL AUSENCIA EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO.

DÉCIMA: SOBRE LA INSEGURIDAD JURÍDICA.

CONCLUSIÓN.

Nos referimos al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria regulado en los artículos 129 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 234 a 236 del Reglamento Hipotecario.

A un procedimiento, paralizado durante veinte años por su falta de ajuste a Derecho, que el legislador todavía no se ha decidido a abrogar y que difícilmente encajará en el ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho. Las sentencias recaídas que han anulado algunos procedimientos y escrituras que de ellos traen causa son testigos de lo afirmado, y los reiterados pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aún están pendientes de ser escuchados. Y como los intereses de los fuertes siempre, tarde o temprano pretenden abrirse camino a costa de la justicia y del derecho del párvulo, es obligación de los juristas defender a estos últimos, y a la vez su honra. Por ello, en defensa de los valores irrenunciables para cualquier servidor del Derecho, es por lo que se formulan las presentes consideraciones que, sin reparos, sometemos a cualesquiera otras mejor fundadas en Derecho y más preocupadas de alcanzar el bien general.

PRIMERA: LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD:

Es jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que *«...el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española...»*, así lo apunta la sentencia del Tribunal Supremo de 25-5-2009, que constata que dicho pronunciamiento tiene rango de jurisprudencia reiterada, e invoca la sentencia de 4 de mayo de 1998, y las de 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008; constituyendo doctrina legal de dicho Tribunal. Los fundamentos materiales o de fondo que versan sobre la normativa reguladora preconstitucional son exacta e igualmente aplicables al precepto base postconstitucional, lo que muda es que se ha imposibilitado legislativamente la inaplicación directa y automática de dicho procedimiento extrajudicial por Jueces y Tribunales por derogación sobrevenida por la Constitución española. Dicho de otra forma, hay una restricción de legitimación y una restricción de pronunciamiento que afectan al antedicho procedimiento en beneficio de las entidades financieras; y ello con independencia de lo sostenido por el Tribunal Supremo y de su ajuste o no a nuestro Derecho.

SEGUNDA: SOBRE LA SUSTRACCIÓN DE JURISDICCIÓN

El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria lesiona el principio de exclusividad e integridad de jurisdicción que reserva a los tribunales la facultad de aplicar y ejecutar las leyes, y que además sólo a estos corresponde el desarrollo de tales funciones (art. 117 de la Constitución). La sentencia de la antedicha Sala del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1998, lo declaró en los siguientes términos: «...Pero, además,... el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, número 290/1992 ... confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende “es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial”, finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato e ítem más, en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público. Tampoco puede sostenerse —como continúa diciendo el preámbulo de dicha disposición— que “..la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado”, pues este precedente de autoejecución se asemeja a la defensa privada justamente proscribida por la intervención de los Tribunales de justicia. Este “derecho privado” ... puede confundirse ... con la clásica y superada confusión entre el derecho material y la acción procesal, contemplada desde esta vertiente ejecutiva. Finalmente,... la ejecución ... es función atribuida, exclusivamente, a la jurisdicción...».

Nosotros debemos matizar que la llamada «voluntad de las partes» no es cosa distinta alguna de la propia y exclusiva voluntad de la parte acreedora, entidad financiera ordinariamente, que redacta y suministra a la Notaría e impone a la deudora su prerredacción contractual del oportuno modelo-tipo hipotecario, vetando modificación alguna y primando un contenido dictado en su propio y exclusivo beneficio por medio del cual impone a la contraparte, la débil que solicita la financiación que precisa, el asentimiento y sometimiento al procedimiento de ejecución extrajudicial, elevado así a *conditio sine qua non* de la concesión u obtención del crédito; y esto es relevante porque así, contemplado en su realidad, demuestra que lo que hay no es un pacto libre, nada más lejos, sino una verdadera y encubierta renuncia, una abdicación de derechos y garantías exigida por la parte fuerte del contrato, la que facilita los fondos pecuniarios a la que carece de ellos y los precisa, resultando que, con independencia de su simulada articulación convencional, aquella renuncia a lo que se extiende es al derecho a un «proceso», la primera de las garantías y fundamento de todas las demás. Y por este perverso mecanismo se alcanza el ansiado objetivo de evitar a toda costa que la tramitación de la ejecución sea instruida ante un órgano, que en términos constitucionales, es independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la Ley (art. 117 de la Constitución). Y esto

es esencial, porque algunos de estos rasgos, que definen con rango constitucional a Jueces y Magistrados, no son predicables de los notarios y, en absoluto, tutelados constitucionalmente.

TERCERA: SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL SUBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN

A) Sobre el control de legalidad: A consecuencia de las observaciones anteriores se deduce una inadecuación del procedimiento, por el sujeto-órgano que lo tramita, en relación con el respeto exigido al principio de legalidad. El control de legalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es irrenunciable en un Estado de Derecho. Y considérese que la ejecución afecta no sólo a las partes sino también a los terceros.

En primer lugar se debe declarar que el control notarial de legalidad de la tramitación del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecario, materia sujeta a reserva de ley, no ha sido establecido; no lo ha dispuesto el artículo 129 reformado de la Ley Hipotecaria. Y en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 2008, se pronunció sobre el control de legalidad por los notarios, ante la impugnación del artículo 145 del Reglamento Notarial en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 45/2007, disponiendo que: *«...en lo que atañe al alcance del denominado control de legalidad, conviene señalar que tal terminología no se utiliza por la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante, en cuanto ... viene a referir una decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico con los correspondientes efectos... facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio ... no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley...»*. Continúa la sentencia recordando que *«...en nuestro caso, aparte de lo ya expuesto sobre el control de legalidad en cuestión, falta una concreta habilitación legal que permita... la denegación de la autorización o intervención notarial como consecuencia del juicio de legalidad...»*.

Por otra parte, la sentencia declara paladinamente la permisión a que por ley se establezca dicho control de legalidad, pero lo cierto es que legislativamente no se ha dispuesto. Por otra parte la posibilidad de su establecimiento, no queda claro, si debiera remover algún obstáculo, sobre todo tras la integración operada por la Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 55/1999, de los Cuerpos de Notarios y de Corredores de Comercio en el Cuerpo único de Notarios. Nótese que el Anexo IV al Reglamento Notarial (RD 30/07/1982) exigía, de entre otros sujetos a los corredores de comercio, la condición de hallarse en

posesión de la licenciatura jurídica correspondiente para poder ser acreditados como fedatarios electorales.

B) Sobre la carencia de jurisdicción: Además debe considerarse que el notario carece de jurisdicción y, por consecuencia, de cuantas facultades traen causa de aquella; lo que se extiende, entre otras a la de librar mandamientos, autoridad precisa para proveer al cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento y, en general, a las de ordenación del mismo; resultando el caso de que trámites esenciales oficiados por el notario, pueden no haber sido cumplimentados; o ejecutados, no haber sido devueltos al procedimiento debidamente diligenciados acreditando su práctica, trámites, de cuya efectiva realización dependa la suerte definitiva del aquél. Y si esto es así, ¿cómo podrá el notario fiscalizar la tramitación regular del proceso, garantía de su legalidad? Y que la fiscalización del procedimiento y la legalidad de su desenvolvimiento son presupuestos básicos y necesarios del mismo parece que no alberga dudas. Así en la STC de 21 de enero de 2008, que versa sobre un procedimiento de ejecución hipotecaria de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras reiterar el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con arreglo a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidas, se declara que: «...es al órgano judicial a quien, fiscalizando en este caso la actividad desplegada por el Registrador de la Propiedad, le corresponde ex artículo 24.1 CE velar por los derechos de defensa de las partes en el seno del proceso, en concreto, como ya hemos tenido ocasión de señalar, por una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal...».

C) Sobre el establecimiento de la relación jurídico-procesal: El procedimiento extrajudicial hipotecario se inicia mediante requerimiento de la parte ejecutante dirigido al notario (art. 236 «a» del RH), pero la relación jurídico-procesal, propiamente dicha, se establece, y el procedimiento de ejecución se inicia [art. 236 letra b) del RH], por una y con una decisión del notario, netamente procesal en su significado y plenamente jurisdiccional en sus efectos, la que adopta tras examinar el requerimiento y los documentos que lo acompañan, y por la que resuelve «haberse cumplido todos los requisitos» por la parte ejecutante. Esta resolución notarial, según el último precepto citado, es posterior a la formulación del requerimiento. Su plasmación documental no aparece regulada, pero conforme al Derecho Notarial cabría entender que es una diligencia extendida por el notario actuante encabezada con el consabido «POR MÍ Y ANTE MÍ»; y cuyo contenido solo puede ser, o la estimación de que «están cumplidos todos los requisitos», o su contraria, equivaliendo en ambos supuestos y respectivamente, ora al despacho de la ejecución, ora a su denegación. En el primero de los casos la diligencia nos parece opcional, porque si el notario no decide incorporarla expresamente al instrumento público se deducirá en forma tácita de la diligencia de petición de la correspondiente certificación registral,

trámite que por disposición reglamentaria procede una vez que el notario «estima cumplidos todos los requisitos». Pero en el último supuesto la diligencia, a nuestro juicio, deberá ser expresa, debiendo notificarse mediante remisión de copia de la misma a la requirente, para que proceda según conviniere a su derecho, y conteniendo los hechos y fundamentos de Derecho por los que se deniega la ejecución.

Lo que importa dejar en claro de lo expuesto son dos conclusiones: Primera, que la resolución notarial de admisión o denegación del despacho de ejecución es de una importancia trascendental, ¿cabrá en un momento posterior del procedimiento, y en qué forma, dar marcha atrás al mismo, si se advierte ulteriormente error o defecto sustancial en la apreciación de los títulos y documentos por los que se acordó el despacho de la ejecución? Y segundo: ¿Es que no estamos tratando en esta sede temas propios de actividad jurisdiccional?

CUARTA: SOBRE LA INADECUACIÓN SUSTANCIAL OBJETIVA DE LA TRAMITACIÓN

Una lectura atenta del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria pone de relieve su inadecuación material a los fines pretendidos porque no regula con precisión, mejor dicho, no regula la forma de proceder ante las incidencias que pueden surgir a lo largo de su tramitación, ni las subjetivas, causadas por las partes y los terceros, ni las objetivas, errores e incidencias en el procedimiento, las cuales, infinitud, y a buen seguro producidas, carecerán de cobertura legal y norma de procedimiento. Y ello, aún más grave, planteadas ante un órgano, el notario, que nunca ejerció jurisdicción. Tampoco hay previsión alguna de poder suspender trámites ante errores del órgano ejecutante o negligencias de terceros que afecten al procedimiento. Tampoco aparece regulada la posibilidad, diríamos que esencial, de declarar en un momento dado la nulidad de lo actuado. En fin, tampoco se prevé trámite a posibles intentos de personación o alegación en el procedimiento y, recurrir a la vía de hecho no parece solución plausible en un Estado de Derecho. Y he aquí la paradoja, a la verdad resulta que casi no podría ser de otra forma porque el notario no goza, ni ejerce, ni puede ejercer funciones jurisdiccionales, dado el principio de unidad de jurisdicción. Empero, forzoso es reconocer que esto no obstará a que partes y terceros, tengan o pretendan tener derecho a alegar lo que a sus legítimos intereses convenga, y no obsta a que tengan o pretendan tener derecho a que se diligencie ya su alegación, ya sus advertencias al órgano actuante, y aún incluso a que pretendan que se les facilite una resolución motivada a sus pretensiones. Lo contrario podría ser indefensión. Y el problema y el obstáculo vuelve a ser que esta tramitación —sujeta a reserva de Ley— carece de regulación suficiente. Y si esto es así, que lo es, entonces surge la cuestión: ¿Cómo se sustanciarán por el notario

los trámites que se planteen? Y, ¿Sobre quién recaerán las responsabilidades que se declaren judicial y oportunamente a su tiempo y sean derivadas del defecto esencial de regulación? Y no resulta ocioso considerar, en este punto, otra circunstancia propia de la naturaleza de la función jurisdiccional que la diferencia de la notarial: «*Jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*» (art. 1.7.º CC), que nos remite al régimen constitucional de sometimiento al imperio de la ley.

QUINTA: SOBRE LA SUJECCIÓN A RESERVA DE LEY Y SOBRE EL NOTARIO COMPETENTE

SOBRE LA SUJECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO A LA RESERVA DE LEY

La sentencia de 14 de julio de 2008, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declara cuestionado el procedimiento extrajudicial regulado preconstitucionalmente, lo que sigue: «*Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 de la Constitución Española, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la “reserva de ley” que esta disposición constitucional prevé para “las normas de competencia y procedimiento...”*». Y la STS de 20 de mayo de 2008 recuerda que la reserva de Ley «*...no impide la colaboración reglamentaria siempre que se trate de desarrollar y completar las previsiones legales y que no responda a una remisión general e incondicionada que suponga la deslegalización de la regulación, pues como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006, de 5 de abril, con referencia a la sentencia 83/1984, de 24 de julio, el principio de reserva de Ley “entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho...” suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal —por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; F. 4 y 184/2003, de 23 de octubre F. 6, a)—, precisando que no se excluye «que las Leyes “contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador”» (STC 83/1984, de 23 de julio, F. 4, confirmado, por todos, en el F. 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre).*

SOBRE EL NOTARIO COMPETENTE EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A propósito de la reserva de ley resulta de particular importancia para la suerte definitiva del procedimiento extrajudicial sumario y de los negocios que del mismo traigan causa, que el órgano actuante en la ejecución lo haya sustanciado siendo competente.

Respecto de la competencia para llevar a cabo la tramitación del procedimiento, el artículo 236 del Reglamento Hipotecario dispone que: «*La realización extrajudicial de la hipoteca se llevará a cabo ante el notario hábil para actuar en el lugar donde radique la finca hipotecada y, si hubiese más de uno, ante el que corresponda con arreglo a turno*».

La cuestión cobra particular relieve tras la modificación del Reglamento Notarial operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero de 2007.

En relación a la competencia territorial del notario, el régimen legal es el siguiente: «*La jurisdicción notarial... se extiende exclusivamente al Distrito Notarial en que está demarcada la Notaría* (art. 3, apdo. 4 RN): «...*Los notarios podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halla su Notaría* (art. 8 LN)». «*Los notarios residentes en una misma localidad podrán ejercer su ministerio, indistintamente, dentro de su término municipal. También podrán ejercerlo en los términos municipales de los demás pueblos del mismo distrito notarial con arreglo al artículo 8 de la Ley en los que no exista notaría demarcada* (art. 117 RN)». «*Las Juntas Directivas determinarán las bases, manera o forma de llevar los turnos de documentos sujetos contemplados en los artículos anteriores, dando cuenta para la aprobación del sistema que implanten a la Dirección General* (art. 134 RN)».

Por consecuencia, en la mayoría de los casos habrá más de un notario hábil o competente para actuar en el lugar donde radique la finca hipotecada y, por tanto, la designación del hábil y competente para tramitar el procedimiento extrajudicial hipotecario habrá de proceder de la resolución que lo designe en aplicación regular del obligado turno competencial, legalmente establecido y debidamente aprobado.

En principio, la competencia para entender del procedimiento extrajudicial hipotecario debe apreciarse de oficio por el notario requerido al tiempo de formularse el requerimiento; y el resultado de esa apreciación, sobre todo cuando su designación proceda de la resolución adoptada por el órgano correspondiente en aplicación del turno, debiera resultar reflejada expresamente tanto en el acta que sustancie el procedimiento y sus vicisitudes, como en la escritura pública de venta forzosa que de ella traiga causa; y ello, por dos motivos determinantes a saber: primero: al efecto de evitar indefensiones del ejecutado y de los terceros; y segundo, porque es materia sujeta a calificación registral. Así, la calificación registral y la responsabilidad subsiguiente se extiende a la competencia del órgano, ya sea judicial, «*La calificación por los registradores de los documentos*

expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal...» (art. 100 RH); ya sea administrativo, «*La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano...*» (art. 99 RH). Y ésta, y no otra, es la razón de que el artículo 236 RH disponga en su apartado 2.º y, antes de afirmar en el 3.º que: «*La escritura será título bastante para la inscripción...*», que «*...en la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales...*», y sin olvidar que la inscripción no convalida aquellos actos o contratos que pudieren ser nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH).

Nótese además, que el artículo 235.2 del RH, referente al procedimiento extrajudicial hipotecario dispone con carácter de derecho cogente que aquel «*...se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes...*», y siguiente al artículo 235 RH es el artículo 236 RH que regula la competencia del órgano actuante en la ejecución. Es decir, que en el procedimiento extrajudicial hipotecario la normativa, imperativa, excluye todo carácter dispositivo de las reglas de competencia (criterio que incluso es predicable de actos de jurisdicción voluntaria como el expediente de dominio (Resolución de la DGRN de 7-2-1995), esto es, no permite pacto de sumisión alguno, y su tramitación se excluye del arbitrio de la voluntad de las partes, y aún con mayor razón, a la voluntad unilateral del ejecutante; lo que en suma, encuentra su razón de ser en la garantía que supone para el deudor ejecutado y los terceros afectados, y constituyendo un presupuesto básico de la interdicción constitucional de la indefensión.

Por otra parte debe considerarse que el Reglamento Hipotecario no regula intervención alguna, ya de partes, ya de terceros, con relación a la eventual incompetencia del órgano actuante. Y que tampoco se contempla la posibilidad de una eventual nulidad de actuaciones derivada de la apreciación de oficio por el propio órgano actuante de su incompetencia, entendiéndose, apreciada ulteriormente a la petición de la certificación registral correspondiente.

SEXTA: SOBRE LA INDEFENSIÓN AFECTANTE A PARTES Y TERCEROS

La Constitución y la doctrina legal que paulatinamente la desarrolla han definido la interdicción de la indefensión como una garantía esencial propia de un Estado democrático de Derecho.

El derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, proclamado en el artículo 24 de la Constitución, se configura ontológicamente por la concurrencia de una serie de elementos integrantes: Subjetivamente, es extensivo a todas las personas, como literalmente prescribe dicho precepto, lo que significa que no admite discriminación ni limitación subjetiva; temporalmente, el derecho constitucional a la defensa debe hallarse vigente en todo momento y

tiempo, «...*El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión...*» (STC 18-5-1993); y objetivamente, la interdicción constitucional de la indefensión se extiende a todas las instancias y fases: «“...*la posibilidad de indefensión puede apreciarse en cada instancia*”, pues en cada una de ellas ha de preservarse el derecho constitucional a la defensa [SSTC 28/1981, 84/1986 y 102/1987, entre otras]...» (STC 19-10-1992).

Nosotros no denunciarnos en esta sede que la indefensión que ocasiona el procedimiento extrajudicial sumario derive de la ausencia de contradicción procesal (STC 18-12-1981; STC 17-5-1985; STC 24-1-1994); ni negamos que quepa acudir al consabido declarativo posterior, aunque su suficiencia en ciertos ha sido contradicha (STC 9-5-1995); ver no obstante STC 2-10-1997).

Aquí no hablamos de serias restricciones a la defensa de los derechos e intereses de partes y terceros. No. Aquí lo que se ventila es todavía más trascendente, la auténtica y verdadera indefensión, la que se manifiesta allí donde se priva al ciudadano del derecho más básico y esencial, el de acceder a un proceso ordenado bajo la jurisdicción de un juez o tribunal y con todas las garantías. Porque esta es la cuestión. Y no se diga que queda la posibilidad de acudir a un proceso declarativo ulterior, porque no es posible. Y no lo es, sencillamente porque no hubo proceso anterior. Porque hubo sustracción de jurisdicción. Y esto es capital. La STC 2-4-1992, en un recurso de amparo en el que se debate acerca de la indefensión sufrida por la recurrente por su falta de intervención en el proceso de fijación por la entidad del saldo deudor resultante, el Tribunal resuelve con una negativa afirmada **SOBRE LA BASE DE QUE HUBO PROCESO**: «...*el párrafo 4.º del artículo 1435 de la LEC... la norma cuestionada ...no priva al deudor de un proceso con todas las garantías ni lo sume en indefensión*».

Y es que el derecho a la tutela judicial efectiva presupone, como *quid* previo de su existencia, el derecho al proceso, y sólo en él existe; así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: «...*A cuyo fin ha de recordarse que este Tribunal ha declarado ... Y dicho reiteradamente que el artículo 24.2 CE, al reconocer los derechos a un proceso con todas las garantías...*» (STC 3-4-1995). «...*Y como reiteradamente ha declarado este Tribunal, por constituir una manifestación de un principio esencial de todo proceso, “la posibilidad de indefensión puede apreciarse...”*» (STC 19-10-1992); «...*el artículo 24 de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse...*» (STC 18-5-1993); las citadas lo son de entre muchas.

Visto lo anterior podemos concluir que la supresión del proceso, en aquella materia en que por su naturaleza está sujeta al mismo, determina ya la indefensión. Desjurisdiccionalizar legislativamente una materia bajo jurisdicción es defraudar el derecho a la tutela judicial efectiva y cercenar el derecho constitu-

cional a la defensa. Y esto también lo ha declarado el Tribunal Constitucional, así en la STC de 4 de abril de 1984 declaró: «...En el artículo 24 de nuestra Constitución ... La interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye prima facie una especie de cláusula o fórmula de cierre. “Sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”, ...la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa, que, si se produce por vía legislativa sobrepasa el límite del contenido esencial prevenido en el artículo 53...».

Algunos, al resguardo del pacto que remite al procedimiento extrajudicial hipotecario incorporado en las condiciones generales de los modelo-tipo de contrato que prerredactan las entidades financieras, pretenden que la actuación de ejecución del notario no es jurisdiccional sino puro desenvolvimiento contractual. Pero esta afirmación no se sostiene. Primero, porque desconoce nuestra doctrina de las obligaciones: el contrato recibe su enjundia del consentimiento contractual sobre la cosa y la causa del mismo (art. 1261 CC), y desde entonces obliga, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). Pero aquí nadie habla de cumplimiento de contrato, nadie sostiene que se hayan satisfecho las prestaciones correspondientes, sino que de lo que se trata es de incumplimiento, de sujeción a sus consecuencias y de responsabilidad. No parece razonable defender, según resulta de la verdadera naturaleza del mal calificado «pacto de venta extrajudicial», que cuando el deudor sujeta directa y especialmente unos bienes a la seguridad de una obligación, haya pensado, querido, y en lo que a nosotros importa, incorporado a la causa del contrato, su venta posterior a la entidad financiera acreedora. Y lo mismo cabe decir en cuanto a esta última.

Ante el incumplimiento de la deudora, el mecanismo típico de los contratos crediticios hipotecarios bancarios responde al siguiente esquema: Primero: una de las partes contratantes, la entidad financiera, manifiesta que se ha producido el incumplimiento de la otra parte. Segundo: la dicha parte, por sí sola, valora y enjuicia la trascendencia resolutoria del incumplimiento de la deudora, y manifiesta la resolución del contrato (nótese que los negocios crediticios no son sólo el préstamo simple, contrato real perfeccionado por la entrega, sino que los hay de crédito, o con reducciones temporales de límites, u obligacionales con entregas sucesivas de dinero por la prestamista... Y esto tiene su importancia en relación con el mecanismo resolutorio y los efectos de la resolución en la deudora). Tercero: dicho enjuiciamiento y manifestación, procedente de una sola de las partes, inicia el procedimiento que da lugar al de ejecución. Y Cuarto:... Aquí hemos llegado al segundo argumento por el que decíamos que aquella afirmación no se sostenía. Y cuarto: se despacha ejecución. La Resolución de la DGRN de 7-2-1995 determina la causa de la ejecución extrajudicial de hipoteca, «realización del valor de la finca hipotecada mediante su enaje-

nación»; y se refiere a las fincas hipotecadas como «*aquellas que son objeto de la enajenación forzosa*».

Porque lo cierto es que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria no tiene naturaleza contractual, ni su desenvolvimiento depende en absoluto de las manifestaciones de las partes. Su regulación es imperativa. Por eso el artículo 235 del RH ordena: «...la ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes». Aquí no cabe la autonomía de la voluntad, y no cabe porque su verdadera naturaleza no es la de un consentimiento contractual (negocio jurídico), sino la de una mera manifestación de voluntad (acto jurídico), esto es, una de aquellas manifestaciones que prestadas producen únicamente los efectos que las leyes determinan. Una vez aclarado el concepto sigamos con el despacho de la ejecución. Entendemos que no cabe sostener que el inicio de la ejecución, que deriva del incumplimiento del contrato, es actividad de desenvolvimiento contractual. Como veremos más abajo, el notario, en una decisión jurisdiccional en la que no tiene cabida la autonomía de la voluntad de las partes, decide iniciar la ejecución por haberse cumplido los requisitos procesales y materiales legalmente exigidos. En palabras del Tribunal Constitucional: «...La “denegación de la ejecución” puede ocurrir en dos momentos distintos: En fase de admisión y en fase de sentencia (arts. 1440 y 1473, respectivamente). En el primer caso, sin dar audiencia al demandado y tras examinar la demanda, el título ejecutivo y los documentos presentados con ella, el juez denegará la ejecución in limine litis. ...Pues así como el despacho o la denegación de la ejecución (ex art. 1440) habrán de ser adoptados “sin prestar nunca audiencia al demandado...”» (STC 14/1992 de 10 de febrero).

Y en el presente punto es oportuno decir, con referencia a la eventual indefensión del ejecutado, que si el procedimiento extrajudicial de hipoteca, de derecho imperativo, está sustraído a la voluntad contractual de las partes contratantes, aún más debe estarlo al arbitrio del acreedor ejecutante, al que no debería admitirse modalización o petición procedimental alguna no prescrita en el procedimiento, el cual debe respetarse escrupulosamente. Recuérdesse el respeto debido a la igualdad de armas; doctrina predicada en la doctrina constitucional como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (STC de 18 de mayo de 1993, entre muchas).

SÉPTIMA: SOBRE LA IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO EJECUTANTE

Una de las garantías que envuelven la actividad judicial es la de su independencia (art. 117 de la CE), y conexas a ella la de su imparcialidad. Según la doctrina constitucional la imparcialidad exige «no ser “juez y parte” ni “juez de la propia causa”» (STC 155/2002, de 22 de julio); o siendo la primera de las garantías básicas del proceso «ser tercero entre partes» (STC 140/2004, de 13

de septiembre). Lo afirmado en la primera de dichas sentencias supone, según la misma: «...dos reglas: “según la primera, el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte...”, lo que vedaría la admisión en el requerimiento de inicio del procedimiento de toda petición de la parte ejecutante que desviara la actuación notarial de observar escrupulosa y estrictamente el procedimiento prescrito; y prosigue», “...por la segunda, el juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra”», lo que implicaría la necesidad de un estatuto legal personal del notario que diera satisfacción completa a dicho requisito, y a la par una normativa y unos procedimientos legales eficaces que determinaran que la elección de notario en el tráfico crediticio no quedara comprometida o dependiera de la conducta de aquel y la correlativa de los grandes acreedores. El grado de eficacia de los preceptos que regulan y protegen el derecho de elección de notario por los consumidores es conocido. A su vez, lo afirmado en la segunda de las sentencias referidas se cumple, según sus términos, al «*permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio*». Pero la concurrencia de la imparcialidad en el notario ejecutante puede ser cuestionada tanto por las partes como por los terceros afectados por el procedimiento. Y ya hemos puesto de relieve que las garantías constitucionales que acompañan al juez no son igualmente predicables del notario. Y además, en términos generales podríamos decir que nos encontramos ante una situación legal de la que resulta que los mismos funcionarios que han autorizado los títulos por los cuales se ha de despachar la ejecución son precisamente los encargados de enjuiciarlos y de despacharla, títulos de cuyo buen fin el notario es personalmente responsable, «...*El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable...*» (art. 146 del RN).

OCTAVA: SOBRE EL VERDADERO TRASFONDO DEL PROCEDIMIENTO

Hablar de expresiones como haberse «*pactado la venta extrajudicial del bien hipotecado*» o de que se haya «*estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento*», ambas propias de la normativa hipotecaria y aplicadas al procedimiento extrajudicial hipotecario supone simplificar la verdadera naturaleza del mismo, que es más compleja. Porque lo cierto es que el indicado pacto no es otra cosa que una previsión más, de entre todas las que unilateralmente ha predisposto una de las partes contratantes, la prestamista, en un contrato prerredactado por ella y posteriormente facilitado a la Notaría al objeto de ser trasladado a la correspondiente escritura pública. De todos es sabido y debe hacerse constar expresamente en las escrituras, que los clausulados de los prés-

tamos o créditos hipotecarios que conceden los grandes acreedores proceden de una minuta, la cual se integra exclusivamente por las disposiciones y manifestaciones previstas por ellos mismos para ambas partes, y que han redactado, quizás, desde una única perspectiva, la de su propia utilidad e interés. Y es esta génesis de desequilibrio contractual la que permite el acercamiento a la naturaleza verdadera de dicho pacto. Sucede que el eventual prestatario o acreditado, si quiere acceder a la financiación que precisa, no le queda otra opción que adherirse al pacto de sujeción a la ejecución extrajudicial hipotecaria. En suma, nos hallamos ante un contrato de adhesión en el que se somete a la contraparte más débil y necesitada de protección a unas determinadas condiciones generales de contratación, las cuales, caso de ser nulas, no quedarían subsanadas por la aceptación del deudor (STS 103/2010 de 17 de marzo).

NOVENA: SOBRE EL CONTROL DE OFICIO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN ABUSIVAS Y SU TOTAL AUSENCIA EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO

La presente cuestión reviste gran importancia, porque el procedimiento extrajudicial hipotecario al no estar sometido a la fiscalización del órgano jurisdiccional elude el control judicial de oficio sobre las cláusulas abusivas de las condiciones generales de contratación.

El desarrollo de esta consideración debe partir del conocimiento de unas premisas previas:

SOBRE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/13/CEE

La Directiva Comunitaria 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DOCE L O 95, 21-4-1993) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con fecha de entrada en vigor 11-5-1993 y plazo límite de transposición en los Estados miembros 31-12-1994 tras señalar: «...la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas; que ... los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder ... del prestador ..., en especial contra los contratos de adhesión...» y considerar que «...las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual...», y que «...es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales... que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, ...necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses

en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes...», y que «...los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores...»; dispone en su artículo 3 que: «1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión... El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba...». Y consecuentemente con la necesaria protección de los consumidores los artículos sexto, séptimo, octavo y décimo disponen, en lo que aquí interesa: «...Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor; en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas; ... velarán por que, en interés de los consumidores... existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos... Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas...».

SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA

La precedente Directiva ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la siguiente forma:

«El Tribunal de Justicia declaró ... que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear, por sí mismos, el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula... es menester garantizar al juez nacional la mencionada facultad... (lo contrario) ...excluiría la posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del consumidor con tal fin... que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional “no vincularán al consumidor”. El Tribunal de Justicia puso de relieve que se trata de una disposición imperativa que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos

y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas...» (TJCE 4-6-2009).

«En cuanto a la cuestión de si un Tribunal, al que se haya sometido un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato, es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva... es preciso considerar que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva (LCEur 1993/1071) —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7... De cuanto antecede se desprende que la protección que la Directiva (LCEur 1993/1071) otorga a los consumidores implica que el juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales...» (TJCE 27-6-2000).

«...En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. 43. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva (LCEur 1993/1071), contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta...» (TJCE 3-6-2010).

«...Así, en el marco de las funciones que le incumben en virtud de la Directiva (LCEur 1993/1071), el juez nacional debe comprobar, inicialmente, si una cláusula de un contrato que es objeto del litigio del que conoce está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva. En caso afirmativo, el juez nacional debe apreciar dicha cláusula, si fuera necesario de oficio, teniendo en cuenta las exigencias de protección del consumidor previstas en las disposiciones de la referida Directiva...» (TJUE 9-11-2000).

SOBRE LA REGULACIÓN NACIONAL

La Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación, en su artículo octavo sanciona la nulidad de pleno derecho de aquellas que «*contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva...* 2. *En particular las ...abusivas...*»; y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 82 declara abusivas «*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente ... que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*», siendo, prosigue el apartado 4.º de dicho precepto: «*...en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: ...b) Limiten los derechos del consumidor y usuario...*»; y en lo que aquí interesa dispone el artículo 86: «*...En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:...* 7. *La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*». Y respecto de la actuación del órgano jurisdiccional, el artículo 83 del TRLCU, de 16 de noviembre, dispone que: «*...Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato...*».

Y al respecto se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS número 401/2010, de 1 de julio: «*Más aún, ante la incapacidad del mercado para expulsar con carácter definitivo cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores, el TJUE declaró la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte... razona que: El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros ...Es preciso considerar que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas... La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a estos implica que el juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo*

de una cláusula del contrato que le haya sido sometido... 71. A su vez en la sentencia de 4 de junio de 2009 ... no solo permite, sino que impone el examen de oficio de la abusividad: así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».

Pues bien, visto lo expuesto resulta que en nuestro Derecho nacional, en materia de cláusulas abusivas, la normativa remite, además de al juez, a unos funcionarios, notario y registrador, y los presenta como garantes del cumplimiento de la Directiva 93/13/CEE y de la protección de consumidores y usuarios. Pero, ¿es esto cierto?

Para comenzar analicemos el carácter de su función. Y para ello nada más a propósito que acudir a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En la Resolución de 24-7-2008 que versaba sobre calificación registral de un título presentado al Registro el día 28-3-2008, una escritura de préstamo hipotecario a favor de una Caja de Ahorros, la Dirección fundamentó que: «...*Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, según el criterio reiterado por este Centro Directivo, el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006)... Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la LH) no sólo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida... de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho...».*

En la Resolución de 6-3-2008 que versaba sobre calificación registral de 16-6-2007 a una escritura de préstamo hipotecario a favor de otra Caja de Ahorros la Dirección declara que «...*Se sigue así el criterio de diferenciar las cláusulas ... que son las que debe calificar el registrador, y las restantes cláusulas que no ... manteniendo el criterio formulado por las leyes para la defensa de los consumidores y usuarios, sobre condiciones generales de contratación, y la propia Ley Hipotecaria. Por otra parte, esa ha sido la doctrina mantenida por este Centro Directivo, en orden a que el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006)*... Por tanto, para los supuestos de calificación registral que haya de realizarse una vez entrada en vigor la nueva norma, deberá el registrador proceder no a la inscripción de tales cláusulas, sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resulten del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna respecto de aquéllas...».

También creemos procedente en el asunto que nos ocupa traer a colación la Resolución de 28-9-2005, que fundamenta: «...*El carácter vinculante de las resoluciones de este Centro Directivo encuentra su fundamento en tres razones esenciales: primera, el carácter de funcionario público a todos los efectos del registrador; segunda, su posición de subordinación jerárquica a esta Dirección General cuando ejerce su función pública*...». Estas últimas resoluciones aclaran, respecto de los funcionarios antedichos, su función y las condiciones de ejercicio de la misma. Nótese que tienen poco en común con las de los órganos judiciales.

A otros efectos, sin embargo, la posición de la Dirección General ha cambiado, así en la reciente Resolución de 4-11-2010 declara que: «...*los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma introducida por la Ley 41/2007 deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla ... el control de legalidad de notarios y registradores al señalar que ... los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente ... Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción ... cuando no cumplan la legalidad vigente*... En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y... la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas ... necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de

los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores...».

Considerando todo lo expuesto, resulta que de la Directiva 93/13/CEE y de su interpretación jurisprudencial, podemos deducir las notas que definen los elementos precisos para su debida cumplimentación en la protección de consumidores y usuarios, y que son los siguientes: Uno: que es el órgano jurisdiccional al que compete controlar las cláusulas abusivas de las condiciones generales de contratación. Dos: que debe garantizársele legislativamente la actuación de oficio en el antedicho control. Tres: que la calificación por el órgano jurisdicente del carácter abusivo de una cláusula se producirá al tiempo de la admisión de la demanda sometida a su conocimiento. Cuatro: que el resultado de dicho control de oficio será que la cláusula abusiva no vinculará al consumidor, es decir, que carecerá de fuerza obligatoria. Cinco: que el control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de las cláusulas ha de ser completo (TJCE 3-6-2010). Y seis: que la cláusula abusiva será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta, es decir el juez la inaplicará o la inaplicará integrando el contrato.

Sucede que en nuestro ordenamiento nacional también se atribuyen competencias a notarios y registradores respecto de las cláusulas abusivas. Lo que en principio, además de legal resulta loable, pues la propia Directiva en su artículo 8 dispone que los Estados miembros «podrán adoptar o mantener... disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección». La cuestión surge cuando por la concurrencia descoordinada de ambas fiscalizaciones, la judicial y la notarial-registral, resulte que el control mínimo exigido por la Directiva Comunitaria se frustre. Dicho de otro modo; porque habiendo disposiciones más estrictas dentro del derecho nacional, sin embargo, el control sea menor, incluso deficiente, llegando a suponer una carencia de control eficaz para los consumidores.

Y todo esto tiene mucho que ver con el procedimiento extrajudicial hipotecario. La cosa es fácil de entender. El pacto de ejecución extrajudicial, en su significado y función última de cláusula de adhesión, pese a los reiterados y fundados pronunciamientos jurisprudenciales contrarios a dicho procedimiento, lleva muchos años —todos diríamos— incorporándose a las escrituras de crédito y préstamo hipotecario, en previsión de una eventual remoción de los obstáculos constitucionales y legales que han impedido su desenvolvimiento. De suerte, que en el mismo momento en que dicho procedimiento supere el freno jurisdiccional estará en condiciones de usarse masivamente por las entidades financieras. Y este es el problema. Porque si una ejecución se insta en un proceso, el órgano judicial, en el marco de la admisibilidad de la demanda, controla de oficio la abusividad de la cláusula y actúa inaplicándola (TJCE 4-6-2009). Pero si se aparta al juez de la ejecución, mediante el subterfugio de las entidades financieras de acudir al procedimiento ejecutivo extrajudicial, entonces, el antedicho control queda excluido y la Directiva Comunitaria soslayada. Porque de este

modo, el juez, ni intervino en la formación o verificación del título ejecutivo, ni tampoco en el enjuiciamiento del mismo en el despacho de la ejecución que aquel propició, o sea, que dicho lisa y llanamente, no intervino nunca; y por consecuencia, el control y las funciones que le asigna la Directiva Comunitaria serán poco menos que ilusorias. Y es claro que el deudor ejecutado, por lo común, no se va a encontrar en condiciones de promover un declarativo ordinario para defender sus derechos respecto del perjuicio efectivo que le hubieran supuesto las cláusulas de que tratamos. Pero aunque no fuera así, la Directiva, en su interpretación jurisprudencial veta aquel resultado de falta de control judicial eficaz previo, porque como la misma indica: «...*el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual...*».

Y, así expuestas las cosas, es preciso preguntarse sobre si el preterido control judicial puede ser sustituido en igualdad de condiciones por el desarrollado por notarios y registradores. Y ya anticipamos que la cosa no parece defendible. Y no lo parece por la diferencia esencial que se da entre la función jurisdiccional, de una parte, y la notarial y la registral, de otra.

Consideremos las razones:

Uno: Porque no es lo mismo tener competencia universal para poder apreciar la abusividad de una cláusula predisuelta por cualquier prestamista, y apreciada inaplicarla, como la tiene el juez (art. 83 el RDL 1/2007-TJCE 3-6-2010) que tener una competencia superrestringida como acaece con los notarios y los registradores. Expliquémoslo. Vista la STS 20-5-2008, de sus fundamentos resulta palmario que el control de legalidad que ejercen los notarios, al no estar reconocido en la Ley del Notariado, o atribuido expresa y específicamente por una ley, con carácter general no existe como tal, y por tanto, del propio modo no es posible la denegación de prestación de su función, considerados los derechos de los ciudadanos a que afectaría. Además dicha sentencia dispone la anulación del artículo 145 del RN en su nueva redacción, que regulaba el correspondiente recurso frente a tal denegación, el antiguo de queja. También la STS 20-5-2008 disponía la necesidad de regular los recursos a las denegaciones de funciones notariales, y siendo esto así, nos encontramos con que la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, ajustándose a lo expuesto, regula en su artículo 18 la denegación notarial de prestación de función y el correspondiente recurso ante la DGRN conforme a la legislación específica. La cuestión es que esta ley, su ámbito de aplicación, como dice el Centro Directivo y la propia norma, excluye a las entidades financieras, esto es, a los grandes acreedores. A ellos no les es aplicable. A ellos se les aplicará el Real Decreto Legislativo 1/2007,

y en este ya no se atribuye el control de legalidad a los notarios, ni los efectos de la falta de obligatoriedad de las cláusulas abusivas, porque aquí se limita la denegación de autorización (o inscripción, caso del registrador) tan solo a aquellos «...contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Tampoco se regula el recurso a la denegación. Todo se limita a la obligación de información prevista en el artículo 81 del Real Decreto-ley 1/2007.

Dos: Porque no es lo mismo calificar la abusividad de una cláusula conforme al sistema de fuentes del Derecho, en una actividad jurídica plena, como le corresponde al juez, que hacerlo extraordinariamente constreñido, de tal guisa que resulte muy difícil hablar de calificación jurídica, así la Resolución de la DGRN, de 4 de noviembre de 2010, declara que: «...En definitiva, sólo una interpretación ... coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores ... y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificador del registrador respecto de las cláusulas... Y el resultado ... impide asumir la exclusión absoluta de la calificación ... aunque sí una modalización en cuanto a su extensión. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificador de las cláusulas ... en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto... la función calificador se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos ... sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo... sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial».

Tres: Por la naturaleza del control: no es lo mismo la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula en sede jurisdiccional que en el ámbito de un despacho notarial o de una oficina de Registro. Las funciones judiciales y las notariales, y sus condiciones de ejercicio son esencialmente distintas. Tampoco ayuda mucho a la eficacia del mecanismo la carga impuesta al notario que deniegue la autorización, dentro del ámbito de la Ley 2/2009, de redactar «un escrito», construido con hechos y fundamentos de Derecho, y que al final pueda llegar a colocar al notario en situación de recurrente frente al criterio sostenido por la entidad financiera y el órgano administrativo. No parece que sea esta la solución que persiga la Directiva Comunitaria. Mas acorde a la Directiva

Comunitaria sería que la negativa del notario, debidamente fundada, pasara en recurso al control de la autoridad judicial donde, de ser el caso, fuera la entidad financiera la recurrente y sin necesidad de actuación notarial ulterior.

Cuatro: Tampoco son lo mismo las condiciones en que la abusividad de una cláusula puede ser apreciada por un órgano, como el judicial, cuya independencia se haya tutelada constitucionalmente, que aquellas con que lo puedan hacer otros órganos que carecen de la referida garantía.

Pues bien, demostrada la sustancial diferencia de posibilidades de control de las cláusulas abusivas entre unos órganos y otros, la conclusión es clara. Conforme a la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, aquellos mecanismos que permitieran eludir a los grandes acreedores el control básico que corresponde a los jueces, incumplirían la misma y frustrarían los fines pretendidos.

Y DÉCIMA: SOBRE LA INSEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica, garantizada por la Constitución y presupuesto del Estado de Derecho, puede resultar seriamente amenazada por el procedimiento extrajudicial hipotecario. Los reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, y de otros órganos judiciales, y de muchos profesionales del Derecho, aunque no constituyan un pronunciamiento con eficacia erga omnes propio del Tribunal Constitucional, no por ello dejan de ser dignos de ser atendidos o carecen de valor alguno, y además, caso de ser acogido aquel, lo inverosímil sería lo contrario, confirmarían la opinión absolutamente mayoritaria, tanto a nuestro parecer como al de los órganos con jurisdicción, de que el procedimiento extrajudicial hipotecario no es ajustado a Derecho. Y eso tendría efectos serios sobre la seguridad jurídica al haber propiciado titularidades reales claudicantes.

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, a nuestro juicio, y con el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el AUTO por el que confirmaba la nota de calificación del Registrador de la Propiedad (Resolución de la DGRN, de 13-2-2004) podemos afirmar que «...el principio de exclusividad e integridad de la jurisdicción, que reserva a los tribunales la facultad de aplicar y ejecutar las leyes, y además sólo a estos corresponde el desarrollo de tales funciones (art. 117 de la Constitución), y no cabe, al socaire de un pretendido principio de autonomía de la voluntad, por pactos privados, cercenar o restringir estas funciones constitucionales del Poder Judicial, lo que ocurriría al atribuir la ejecución del contrato de hipoteca a la institución notarial, ajena en su esen-

cía a tales menesteres; y no cabe porque son normas imperativas de primer orden, de aquellas que forman el núcleo duro de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos».

RESUMEN

HIPOTECA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Los autores defienden que el procedimiento de ejecución hipotecaria ante notario no se ajusta a la Constitución ni a las Directivas de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas y es contrario al sistema de seguridad jurídica preventiva al reducir el control de legalidad y la calificación del registrador. Por otra parte defienden que en caso de cesión del crédito hipotecario, la ejecución solo pueda instarse por parte del cesionario del crédito que tenga inscrito su derecho de hipoteca, de manera que sin inscribir la cesión no pueda expedirse certificación de cargas.

ABSTRACT

MORTGAGE FORECLOSURE PROCEEDING

The authors argue foreclosure proceedings that the before a notary does not conform to the Constitution and to the European Union Directives, are unfair and contrary to preventive legal security system, so they reduce the power of review by the land registrar. On the other hand argue that in case of assignment of mortgage credit, the execution can only encouraged by the assignee of having registered their right mortgage, so that the transfer unregistered certification can not be issued.

*(Trabajo recibido el 31-7-2012 y aceptado
para su publicación el 29-5-2013)*

Procedimiento extrajudicial hipotecario (II): De sus consecuencias y del lanzamiento

por

MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE

Notario

y

GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA ELÍA

Notario

SUMARIO

DE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO.

DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCEDIMIENTO, DE SU MODALIZACIÓN AL ARBITRIO DEL ACREEDOR Y DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN.

DE LOS REQUISITOS A OBSERVAR POR EL ACREEDOR EN EL REQUERIMIENTO Y DE SU TRASCENDENCIA.

DE LA NECESIDAD PARA PROCEDER DEL TÍTULO EJECUTIVO.

DE CUÁL SEA EL TÍTULO EJECUTIVO HÁBIL PARA PROCEDER.

DE LA DEUDA AMPARADA POR EL TÍTULO EJECUTIVO.

SOBRE EL CUESTIONAMIENTO DE UNA CONDICIÓN GENERAL PRERREDACTADA POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS REFERENTE AL TÍTULO EJECUTIVO.

SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO AL TIEMPO DEL LANZAMIENTO Y SOBRE LA CARENCIA DE TÍTULO QUE LEGITIME ESTE ÚLTIMO.

CONCLUSIÓN.

DE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO

El presente artículo pretende dilucidar la verdadera naturaleza del procedimiento extrajudicial hipotecario, el referido en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria (LH) y desarrollado en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario (RH). Y principiaremos por anunciar que, pese al título del apartado, la cuestión dista mucho de ser meramente doctrinal ya que, de una parte, de la naturaleza propia de aquel dependerán sus presupuestos y requisitos, sus consecuencias y cuales sean los institutos jurídicos llamados a suplir sus lagunas normativas, y de otra parte, de una tramitación que prescinda de cualesquiera presupuestos o requisitos esenciales del procedimiento se podrá derivar civilmente la nulidad del mismo y, en cadena, la de los negocios jurídicos que de él traigan causa, reacción civil que sólo se detendría ante un tercero hipotecario que cumpliera las exigencias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y sin perjuicio de las demás consecuencias civiles que pudieran desprenderse.

Y para abordar la cuestión que nos ocupa nos parece óptimo hacerlo desde una doble perspectiva: positiva y negativa. La primera, para esclarecer qué sea dicho procedimiento, qué finalidad cumple o satisface a tenor de su específica regulación; y la segunda, para delimitarlo, excluyendo todo aquello en lo que el mismo no consista. Pues bien, semánticamente, el procedimiento extrajudicial hipotecario se revela como un verdadero proceso de ejecución, cuyos presupuestos y jalones procesales son los connaturales a uno de aquellos, si bien que adelantados al requerimiento de pago y apremio. Rasgos definidores:

Primero: Nos hallamos ante un procedimiento con finalidad ejecutiva y por tanto forzoso, como toda ejecución. En efecto, la ejecución que acoge el extrajudicial hipotecario, al igual que el proceso judicial correlativo, tiene su causa en un previo incumplimiento contractual, el de la prestación debida, aquella que se configuró en el correspondiente título declarativo. El procedimiento persigue, a través de la actuación de la responsabilidad, la satisfacción efectiva del interés del acreedor mediante el resultado de las actuaciones procesales precisas, del apremio. El hecho de que una concreta actividad ejecutiva se halle limitada objetivamente a bienes especialmente afectos por una hipoteca no modifica en nada la naturaleza del correspondiente procedimiento; como sucede con el judicial hipotecario.

Segundo: Porque las cosas, ontológicamente, sólo pueden ser lo que son. Basta un examen estructural y comparativo del proceso judicial hipotecario con el correlativo extrajudicial para llegar a esta conclusión. Preguntémonos: ¿Qué es lo que se reclama por igual en ambos procedimientos por el acreedor ejecutante? Tanto en la demanda ejecutiva, como en el requerimiento dirigido al notario, lo que reclama el actor es la satisfacción de su crédito, esto es, ya «la cantidad

exacta objeto de reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos» [art. 236.a) RH] o ya, «la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada con la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta» (art. 575 de la LEC) ¿Ante quién se reclama? En ambos casos ante el órgano competente dispuesto por las leyes (arts. 236.1 del RH y 684 de la LEC). ¿En virtud de qué títulos se reclama? En virtud de título hábil para ejecutar y los documentos complementarios precisos [arts. 236.a) del RH y 572, 573 y 574 de la LEC]. ¿Qué y cómo se reclama lo que el acreedor pide en ambos casos? Se reclama aquello a lo que el acreedor tiene derecho, el pago, y se articula a través de un requerimiento de pago [arts. 236.c) del RH y 686 de la LEC]. ¿Qué posibilidades caben ante el requerimiento formulado? Pagar y extinguir la obligación asegurada (art. 236 RH) o ser destinatario en bienes patrimoniales de la ejecución forzosa, lo que conducirá a la subasta de bienes del deudor [art. 236.f) del RH y 691 de la LEC]; esto es, a una enajenación forzosa. ¿Cabría sostener que la enajenación notarial no sea una ejecución forzosa? La naturaleza de las cosas parece que lo impide: El artículo 236, letra c), punto 4 del Reglamento Hipotecario dispone que: «Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que corresponda». Es decir, que el que una ejecución sea o no forzosa no puede depender de un hecho jurídico ajeno al cumplimiento de la prestación debida, cual es el de practicarse o no el requerimiento de pago en los términos del artículo reglamentario precitado (circunstancia fáctica cuya producción es ajena al título); lo que sí depende de aquel hecho es el tipo de ejecución a seguir, porque fracasado aquel requerimiento en los términos legalmente dispuestos quedará franca la vía judicial. Y nótese que la designación en el título del domicilio correspondiente a efectos de requerimientos y notificaciones por el deudor o hipotecante carece de significado diferenciador, es exigencia común a las dos vías de ejecución (art. 682 de la LEC y art. 234.1.2.^a RH). ¿Cabría sostener que la enajenación notarial no sea una ejecución forzosa por la exigencia de convenir un valor o precio, aquel en el que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta? Parece que no, pues dicho requisito es común a los procedimientos judicial y extrajudicial, e incluso dicho valor debe ser el mismo (art. 234.1.1.^a RH y art. 682.2.1.^o LEC). ¿Cómo se procede a instancia del acreedor ante el incumplimiento del deudor ínterin se tramita el procedimiento o proceso correspondiente? Pues ejecutando «forzosamente» sobre el patrimonio del deudor, enajenando bienes del mismo. Y, por último, ¿cuál es el fin común de los procedimientos que tratamos y que finalizan con la subasta o adjudicación en pago? Pues no es otro que el pago al acreedor de lo debido, la satisfacción de su crédito, presupuesto de que esté amparado por el título ejecutivo y cubierto por la hipoteca [art. 236.k) del RH y 692 de la LEC].

Estas consideraciones expuestas no son vanas, porque demuestran a las claras que todas las actuaciones precisas para lograr el fin pretendido conforman *un auténtico proceso de ejecución, y forman parte del derecho fundamental a la tutela efectiva* (STC 113/1989, de 22 de junio). Utilizando los propios términos normativos el procedimiento extrajudicial hipotecario no es sino «otro cauce» de actuar una misma pretensión (RD 290/1992) u «otra vía» [art. 236.c) 4 del RH]. Y esta naturaleza es reconocida explícitamente en su calificación legal, el RH lo denomina «procedimiento ejecutivo extrajudicial»; en su interpretación auténtica, la exposición de motivos del Real Decreto 290/1992 lo confirma como ejecución hipotecaria, «...es preciso, por ello, desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial...»; y en su tratamiento sistemático, la LH se remite a él en el artículo 129, referente a la *acción hipotecaria*, precepto reformado por la LEC, una *ley procesal*.

Tercero: También la jurisprudencia civil ha declarado reiteradamente en doctrina legal que nos hallamos ante un procedimiento de ejecución; baste, por todas, la STS 373/2009, de 25-5-2009, en la que tras acoger el motivo del recurso y tachar de inconstitucional el procedimiento, «...la jurisprudencia de esta Sala... ha considerado que el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial resulta contrario a las exigencias y garantías previstas en los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 de la Constitución Española...», recuerda la reiterada posición jurisprudencial: «...desde su sentencia de 4 de mayo de 1998, seguida por las de 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008...» de aseverar la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición contenida en el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria (vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978), al confirmar como fundamento del pronunciamiento que «...dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional...».

Cuarto: También la propia Dirección General de los Registros y del Notariado afirmó la naturaleza propia del procedimiento. Así la Resolución de 7-2-1995, en los Fundamentos de Derecho declara: «*VISTOS los artículos ... del Reglamento Hipotecario, en la redacción dada por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo... Ha de tenerse en cuenta: 1.º Que la ejecución extrajudicial de la hipoteca se dirige a la realización del valor de la finca hipotecada mediante su enajenación...*», y prosigue indicando el carácter de la enajenación: «*...las fincas hipotecadas como aquellas que son objeto de la enajenación forzosa...*».

Quinto: También los propios órganos corporativos del Notariado así lo han entendido. La Circular 1/2012, de 25 de febrero, del Consejo General del Notariado, declara, en lo aquí interesa, los siguientes extremos: *a) Que el procedimiento ejecutivo extrajudicial es un verdadero procedimiento de ejecución de*

hipotecas, «...Interesa destacar que al tiempo de la aprobación del Real Decreto 290/1992, para la ejecución de hipotecas existía otro procedimiento, como era el judicial sumario (art. 131 de la LH)...». Y, b) Que los procedimientos de ejecución de inmueble previo embargo, procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria y procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca tienen como finalidad última y común, «la ejecución de un bien inmueble previa su subasta», por lo que «carecería de sentido... que... la regulación fuera dispar en un aspecto esencial...».

Pues bien, una vez determinada la naturaleza del procedimiento debemos dar respuesta, por haberse suscitado por acreedor ejecutante, a las siguientes cuestiones:

1. Si es posible que la acreedora ejecutante pueda a su voluntad, manifestada en el requerimiento dirigido al notario, modalizar o modificar la tramitación del procedimiento extrajudicial hipotecario; y si cabe dicha modificación a través de la voluntad común de las partes plasmada en la adhesión del deudor a la cláusula contractual predispuesta por el acreedor en el título ejecutivo; y, en relación inmediata con las anteriores, en qué forma afecta al procedimiento la falta de potestad jurisdiccional del órgano ejecutante.
2. Si en el requerimiento aportado al notario cabe omitir por el acreedor el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos referentes a la postulación.
3. Si es posible tramitar el procedimiento ejecutivo extrajudicial sin título ejecutivo.
4. Si es posible tramitar el procedimiento ejecutivo por una deuda certificada y liquidada de una cuenta distinta de la pactada en el título ejecutivo.
5. Y postteriormente, la incidencia de las cuestiones anteriormente expuestas sobre la legalidad del procedimiento y una referencia a la ejecución del lanzamiento.

DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROCEDIMIENTO, DE SU MODALIZACIÓN AL ARBITRIO DEL ACREEDOR Y DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN

La respuesta a la posibilidad de que por pacto de las partes (probablemente adhesión a cláusula prerredactada), o por voluntad del acreedor ejecutante se pueda actuar modificando el procedimiento, sugiere *ab initio*, aparte del carácter reglado de la actividad ejecutiva, una primera objeción: ni notario, ni Registrador de la Propiedad, ni órgano superior alguno de la Administración ejercen o pueden ejercer jurisdicción. Y lo afirmado invoca dos consideraciones

de primer orden, a saber: *Primera*: que como afirma la doctrina científica, si bien los órganos de la Administración deben actuar con sometimiento a la ley sirviendo a los intereses generales o públicos y siendo para ellos el Derecho una cobertura y no un fin en sí mismo, por contra la jurisdicción tiene como presupuesto el sometimiento del juez al imperio de la ley, y la aplicación de aquella es su fin esencial, porque el juez no adopta decisiones políticas, actúa con desinterés objetivo y no está ni puede estar sometido jerárquicamente a órgano alguno. Y *segunda*: que la interpretación y aplicación jurídica de las normas en el procedimiento extrajudicial debe ser de carácter general. El notario no puede ni debe adoptar resoluciones particulares aplicables al caso concreto sin estar regladas, precisamente porque carece de jurisdicción. Cierto que debe actuar inmerso en la cobertura del ordenamiento jurídico, pero cierto que sin ejercer jurisdicción. Y esto es relevante, porque los eventuales y concretos acuerdos entre sujetos de derecho (incluso motivados a veces por intereses ajenos a los propios contradictorios de la particular ejecución instada, piénsese en eventuales supuestos entre sociedades y entidades financieras), puede llevarles a plantear ante el órgano notarial ejecutante una casuística de cuestiones convenidas que hagan precisa una decisión de naturaleza jurisdiccional, y no solo por ellos sino también por afectar a terceros (nos hallamos ante un proceso de ejecución), y recuérdese que todo se produce fuera del amparo y ámbito de un proceso. En la Resolución de la DGRN, de 23-1-2012, que versa sobre el ámbito objetivo de aplicación del artículo 235 del RH (*...sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada*) interpreta el Centro Directivo que la ratio del precepto es la falta de controversia sobre la liquidez de la deuda, para de seguido aplicar analógicamente la cobertura de la norma a un supuesto de hecho excluido por el tenor de la misma, al de la hipoteca constituida en seguridad de una cuenta corriente de crédito. En el caso objeto de resolución había derechos de terceros anotados en el Registro con posterioridad a la hipoteca objeto de ejecución (el Estado), circunstancia que, juntamente con la consideración por la funcionaria calificante de la insuficiencia de la titulación presentada (acta notarial en la que el deudor manifestaba su conformidad con la liquidación llevada a cabo por la acreedora), determinó la denegación de aquella de la inscripción solicitada. Lo que interesa ahora poner de manifiesto son dos consideraciones que de nuevo pondrán en cuestión el procedimiento extrajudicial hipotecario. Primera: La DGRN afirma que no se ha planteado en la nota de calificación, y que por tanto no se trae a este expediente, la consideración de si el acta notarial es el título adecuado para hacer constar la declaración de voluntad del deudor. Aquí, sin abordar la cuestión referente al derecho sustantivo (si hace falta escritura y nuevas declaraciones contractuales de ambas partes para novar el primitivo contrato y transformar la hipoteca y que esta acceda al Registro), lo que importa poner de relieve es, por una parte, los efectos que conlleva una calificación legal limitada, no plena,

posibilitando el acceso a los libros de titularidades claudicantes o viciadas; y de otra, significar que el problema no se suprime, no se resuelve, sino que se traslada al órgano ejecutante, quien en el trámite del artículo 236.b) 1 del RH, al apreciar si se han cumplido todos los requisitos, deberá proceder, no solo por lo que resulte del Registro de la Propiedad, sino también en función de la validez del propio título ejecutivo, y aquí no cabrá una calificación limitada, aquí la calificación deberá ser plena. ¿O es que se puede sostener que sólo habrá control de legalidad y suficiencia del título ejecutivo en el procedimiento judicial hipotecario, quedando éste frustrado en el procedimiento extrajudicial hipotecario? No nos engañemos, al fin lo que subyace es una nítida diferencia entre tener jurisdicción o carecer de ella, circunstancia que condicionará decisivamente tanto la forma de tramitar como el respeto de las garantías legales de los derechos del ejecutado. Y segunda: La DGRN, en la Resolución citada, sostiene que la determinación del saldo deudor es cuestión ajena a los intereses de los terceros; y esto es cierto..., mejor dicho, materialmente lo sería (que jurídicamente nunca) siempre que en el patrimonio del deudor ejecutado hubiere quedado lo suficiente para que aquellos pudieran hacer efectivos sus créditos. Y aquí surge otra objeción, y esta capital, la de que las ejecuciones extrajudiciales (como es público y notorio y así ha trascendido por los medios de comunicación social) debido a la deficiencia regulatoria han provocado el desconcierto entre los órganos encargados de tramitarlos, y han dado lugar a adjudicaciones por porcentajes ínfimos del valor de tasación llegando a producirse incluso por un euro, y todo por aplicación del artículo 236.g) 6 del RH, que ordena la celebración de la tercera subasta sin sujeción a tipo. El problema expuesto se ha mitigado levemente desde una perspectiva material por lo que atañe al procedimiento extrajudicial hipotecario ejecutado sobre la vivienda habitual del deudor (tras la aprobación del RD-ley 6/2012, de medidas urgentes), pero los interrogantes procesales que quedan son muchos, y las incertidumbres para el resto de ejecuciones, todas... y el notario, sin potestad jurisdiccional.

Aclarados los extremos anteriores procede ahora hacer unas breves consideraciones referentes a la autonomía de la voluntad, para delimitar las pretensiones de aquellos que pretenden reducir la naturaleza del procedimiento al de ser una mera «venta extrajudicial». Uno: Respecto de la autonomía de la voluntad. Los contratos se rigen por la autonomía de la voluntad y obligan a lo convenido (arts. 1255 y 1258 del CC) empero el proceso de ejecución se halla regulado imperativamente (art. 235.2 del RH: «*La ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes*»). Dos: Respecto del carácter relativo del contrato. El contrato es *res inter alios* acta para terceros ajenos al mismo (art. 1257 CC), sin embargo en el proceso de ejecución los terceros resultan afectados (art. 236.l del RH: «*La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos*

los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella»). Tres: Respecto del consentimiento. En la compraventa concurre sobre la cosa determinada y el precio cierto (art. 1261 y 1445 CC), pero en el procedimiento extrajudicial el único acuerdo que existe (aparte de la adhesión del deudor a que se use contra él) recae sobre el valor de tasación que lejos de ser un precio cierto es más bien un requisito procesal de ejecución. Y cuatro: Respecto del origen y la nominalidad. Si la causa de la compraventa es el acuerdo entre cosa y precio, en el procedimiento extrajudicial su origen es un hecho jurídico, el impago de la prestación debida. En suma, denominar al procedimiento de «venta extrajudicial» ni altera su naturaleza ni tiene significado autónomo. Obsérvese que del propio modo podría llamarse al judicial hipotecario «venta judicial», pues la actuación del juez es sustitutiva del deudor, pero está claro que la voluntariedad subyacente del deudor no diferirá mucho por el procedimiento por el que se le haya ejecutado, es más, no deja de causar extrañeza que regularmente hubiera preferido ser ejecutado por el que «no pactó»; al menos a juzgar por lo expresado públicamente por las plataformas constituidas de afectados hipotecarios que han calificado de «*más perverso al procedimiento extrajudicial*» al compararlo con el judicial.

Por lo demás, hablar de venta extrajudicial no es correcto, una adjudicación en pago o una adjudicación para pago son enajenaciones, pero no compraventas. En fin, a nuestro juicio entendemos que la autonomía de la voluntad no debe tener cabida en la tramitación del procedimiento extrajudicial hipotecario, y las actuaciones de las partes aún deben ser más restringidas que en el judicial porque el notario, a diferencia del juez, carece de jurisdicción.

Y por lo que atañe a la intervención del acreedor en la instancia y tramitación del procedimiento solicitando cosas o trámites no contemplados legalmente entendemos que debe darse la misma solución. Recuérdese que la ejecución se despacha *inaudita parte debitoris*, y que la rigidez del procedimiento y su carácter reglado e imperativo viene a ser el sustitutivo y garante de «la igualdad de armas» proclamada constitucionalmente, y que el notario carece de competencia *extra legem* para resolver si una concreta petición del acreedor viola el referido principio. Por lo demás así resulta de la naturaleza ejecutiva del procedimiento, de lo dispuesto en el artículo 235.2 del RH: «*La ejecución extrajudicial se ajustará necesariamente a lo dispuesto en los artículos siguientes*», de la Resolución de la DGRN de 24-3-2003: «*...no se trata de una enajenación que pueda realizar por sí solo el acreedor; en las condiciones libremente fijadas por él, sino una enajenación ...que realiza el notario ...después del cumplimiento de los trámites y diligencias previstos en los artículos...*»; y de la Circular antes meritada del CGN de 1/2012, de 25 de febrero, en la que se dice: «*...procedimiento ejecutivo extrajudicial ...2º) De su regulación legal y desarrollo reglamentario (arts. 234 a 236) se deducía que sus normas eran imperativas, por ser de orden público, eliminando cualquier recurso a la autonomía de la voluntad...*».

DE LOS REQUISITOS A OBSERVAR POR EL ACREEDOR EN EL REQUERIMIENTO Y DE SU TRASCENDENCIA

El artículo 236.a).1 del RH dispone que: «*El procedimiento se iniciará mediante requerimiento dirigido al notario, expresando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos*». Frente al tenor claro del precepto, algún acreedor ejecutante ha intentado reducir en extremo el contenido del requerimiento a un texto genérico limitado a solicitar del notario la iniciación del proceso de venta extrajudicial de una determinada finca hipotecada en seguridad de una deuda, acompañando a tal petición los documentos complementarios que determinan las leyes. Y la cuestión es clara, dado que el notario al recibir aquel requerimiento debe tomar una decisión consistente en estimar si cumple o no «todos los requisitos» [art. 236.b) del RH] al efecto de proseguir con la tramitación del procedimiento, debe resolver si el formulado en los términos expuestos, es bastante. Y en principio no parece admisible, con independencia del nombre del procedimiento, que el acreedor se limite a pedir del notario la «venta extrajudicial» de una finca determinada. El acreedor, de suyo, no tiene un derecho consistente en la venta de unos bienes determinados del deudor, y esto parece fuera de toda duda; el acreedor, en principio, a lo que tiene derecho es a obtener la satisfacción de su crédito, a que se haga «*la prestación en que la obligación consista*» (art. 1157 CC), sin perjuicio de otras instancias o peticiones que procedan. Y es aquella prestación debida, la apreciada y manifestada por la acreedora en el requerimiento dirigido al notario y formulada bajo su responsabilidad (declaración de conocimiento referente a hechos jurídicos), la que debe reclamar de la deudora (declaración de voluntad), lo que cumplimentará el notario mediante su traslado al correspondiente requerimiento de pago al deudor [art. 236.c).1 del RH]. Veamos. En el esquema legal el acreedor es quien solicita el despacho de la ejecución de los pronunciamientos contenidos en el título ejecutivo, ya total o ya parcialmente, lo que significa que el título ejecutivo no dota de contenido volitivo a la pretensión de la acreedora, sino que tan solo la confina en el ámbito de sus pronunciamientos; y otro tanto cabe decir, en su caso, de la documentación complementaria que acompaña al requerimiento dirigido al notario. A la luz de lo expuesto resulta claro que la petición del acreedor ejecutante debe preceptivamente ser instada en el requerimiento dirigido al notario, quien deberá aceptarlo o rechazarlo, entre otros extremos, según se atenga o no a los límites cubiertos por el título ejecutivo. Lo que parece indubitado es que el notario ni puede ni debe adoptar la condición de parte en el procedimiento (al igual que el juez en el correlativo ejecutivo hipotecario), ni por tanto configurar la postulación del acreedor con sus propias declaraciones de voluntad. A mayor abundamiento baste considerar la trascendencia del importe

que ha debido reclamar la acreedora en el requerimiento: Dicho importe es el que determina en caso de pago, la finalización del procedimiento extrajudicial de ejecución y la conclusión del acta [art. 236, letra d) y art. 236, letra e), ambos del RH], es el que permite y legitima al notario a efectuar sin dilación el pago al acreedor [art. 236, letra k) del RH], y, finalmente, es el que determina el sobrante objeto de consignación afecto a las resultas de los créditos posteriores; [art. 236, letra k) del RH]. De todas formas, al haberse suscitado el problema en el procedimiento extrajudicial por algún acreedor queda una pregunta por contestar. ¿Es que sería posible instar el proceso judicial hipotecario correlativo sin presentar una demanda ejecutiva o escrito en el que se omitiere la tutela que se pretende o se pretiriere la cantidad que se reclamare y demás determinaciones legalmente exigidas de la misma? (vid. art. 549 LEC).

DE LA NECESIDAD PARA PROCEDER DEL TÍTULO EJECUTIVO

Ante la pretensión de algún acreedor hipotecario de que se tramite el procedimiento extrajudicial sin título ejecutivo debemos plantear si dicha posibilidad es ajustada a Derecho. Y ya adelantamos que a nuestro juicio no. Asentado que el extrajudicial hipotecario es un procedimiento ejecutivo, le debe ser de aplicación un requisito esencial de aquel, «...*deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución*» (art. 517 LEC), porque como reza el adagio *nulla executio sine titulo*. Y a lo que tratamos ahora interesa que «*Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ...4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes...*» (art. 517.2.4.º LEC). De suerte que *prima facie* parece que no se ajusta a derecho proceder en el hipotecario extrajudicial sin un título ejecutivo habilitante. En verdad el ordenamiento jurídico, en consonancia con la naturaleza del procedimiento, da por supuesta su necesidad y creemos que lo hace por las siguientes razones: *Primera*: El procedimiento extrajudicial hipotecario es un procedimiento optativo o alternativo para el acreedor, así lo considera el artículo 236-C.4 del RH al disponer que fracasado el procedimiento extrajudicial «...quedará expedita la vía judicial que corresponda» en la que dicho título es preciso. *Segunda*: No hay fundamento jurídico alguno que justifique que el notario, funcionario carente de potestad jurisdiccional, pueda ejecutar en el procedimiento extrajudicial hipotecario aquello que ni siquiera el juez puede hacer, dentro de un proceso ejecutivo con todas las garantías legales y constitucionales que ello conlleva; artículos 517.2.4.º de la LEC y 685.2.I: «...*A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución...*». *Tercera*: Considérese que la LEC da por supuesto

que el título ejecutivo es el único que puede fundar el despacho de la ejecución con independencia del concreto procedimiento utilizado, por esta razón el artículo de la LEC 574, norma común a los procedimientos de ejecución, declara aplicable para despachar ejecución por el saldo de cantidad determinada en casos de intereses variables, lo preceptuado en el artículo 573.1.2.º de la LEC, que a su vez exige para despacharla por saldo de cuenta que se aporte el documento fehaciente que acredite haberse efectuado la liquidación en la forma pactada por las partes *en el título ejecutivo*, y en el mismo sentido el artículo 572.2 del referido texto legal referente a la liquidez de la deuda y despacho de ejecución por saldo de operaciones resultantes de las pactadas en escritura pública exige, además del correspondiente pacto, que la cantidad exigible por el acreedor sea la que se convino *en el propio título ejecutivo*. Cuarta: El artículo 236-C.4 del RH, interpretado *a sensu contrario*, deja patente que la vía judicial de ejecución queda cerrada temporalmente ínterin se sustancie el procedimiento alternativo de la vía extrajudicial, pues será el fracaso de ésta lo que dejará franca la otra vía de ejecución, la judicial, lo que es concorde con la naturaleza lógica de las cosas y con el hecho de que el título ejecutivo se halla aportado al procedimiento extrajudicial, impidiendo su utilización simultánea por el acreedor en otro ejecutivo judicial no hipotecario. Y a esta misma conclusión conduce lo dispuesto en el artículo 579 de la LEC que para permitir el ejercicio de la acción ejecutiva por el ejecutivo ordinario exige la previa finalización del ejecutivo hipotecario y la insatisfacción del crédito del actor.

DE CUÁL SEA EL TÍTULO EJECUTIVO HÁBIL PARA PROCEDER

La LEC en el artículo 517.2.4.º dispone, por lo que al presente artículo interesa y respecto del título ejecutivo exigible: *«Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes»*; precepto relacionado con el artículo 17.1,4 de la Ley del Notariado, que dispone: *«Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter»*.

De la normativa traída a colación resulta que la ley establece la expedición para el acreedor de un único título ejecutivo de la deuda correspondiente, título al que se denomina primera copia o primera copia con efectos ejecutivos. Y al efecto de asegurar su cumplimiento la ley dispone los oportunos mecanismos. Así los artículos 17.1,4 y 18 de la Ley del Notariado establecen que: *«Expedida dicha copia el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e*

interesado que la solicitó», y que: «No podrán expedirse segundas o posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citación de los interesados, o del promotor fiscal cuando se ignoren estos o estén ausentes del pueblo en que esté la Notaría». Pues bien, como se apreciaba, la nota que el notario suscribe en la matriz una vez expedida la copia con efectos ejecutivos sirve para avisarle a él mismo, a sus sustitutos, y a sus sucesores en el Protocolo del hecho de que el título ejecutivo ya fue sacado, y le proscribía la expedición de otros de igual virtualidad salvo que se cumplan los requisitos legalmente prescritos. La nota protocolar salvaguarda la garantía de unicidad del título con efectos ejecutivos, y esta unicidad es lo que a su vez le dota de virtualidad para el despacho de la ejecución. La exigencia procesal del título ejecutivo, aunque mediatamente presupone razones de orden material (de autenticidad probatoria del documento, art. 1218 del CC), inmediatamente lo son de orden procesal, proteger al deudor de abusos de los acreedores que pretendan o insten el despacho de dos o más ejecuciones por una misma deuda y contra un mismo deudor. En consecuencia con lo expuesto, el mecanismo procesal para la obtención por el acreedor de segunda copia con efectos ejecutivos se funda en el principio de protección del deudor, y siendo este basamento común a ambos procedimientos hipotecarios, judicial y extrajudicial, en ambos debe ser igualmente exigible.

Y esta es la conclusión a que llega el Tribunal Supremo en STS de 19-5-1988, en la que confirma la nulidad del juicio ejecutivo especial sumario de autos por razón de haberse despachado la ejecución en virtud de una segunda copia librada por el notario sin revestir los requisitos legales para ser título ejecutivo.

DE LA DEUDA AMPARADA POR EL TÍTULO EJECUTIVO

La presente cuestión también reviste trascendencia práctica. Tiene que ver con la pretensión de algún acreedor de ejecutar a través del procedimiento ejecutivo notarial hipotecario una deuda resultante de una cuenta financiera distinta de la convenida por las partes en el título ejecutivo, es decir, de una cuenta que aparece en el procedimiento por alegación de parte, la que unilateralmente la certifica y liquida, contradictoria con la que consta en el título ejecutivo. Y regresando al artículo 236.b) del RH debemos preguntarnos, ¿puede el notario estimar en dichas circunstancias, que se han cumplido todos los requisitos? Adelantemos que a nuestro juicio ni puede, ni debe, en atención a la siguiente fundamentación:

Primero: La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104 LH). Esto significa que la hipoteca no asegura solidaria o indistintamente cualesquiera créditos y correlativas deudas entre un deudor y un acreedor determinados, sino sólo y exclusivamente aquella para cuya seguridad fue constituida.

Segundo: El procedimiento hipotecario extrajudicial es un procedimiento de ejecución, por lo que en su cumplimiento debe actuarse todo lo reclamado por el acreedor ejecutante pero, solo y exclusivamente, en la medida en que resulte y se halle amparado por el título ejecutivo.

Tercero: Que el notario, al carecer de jurisdicción, tampoco tiene potestad para apreciar y resolver si una deuda, diversa de la que consta pactada por las partes en el título ejecutivo, es o no la misma deuda a la que aquel se refiere e identifica; y que del propio modo carece de competencia para valorar las alegaciones de la ejecutante y de los medios probatorios que ésta proponga. Lo contrario, dejando a salvo que nos corrijan los procesalistas, daría lugar a un incidente declarativo que el notario, ni constitucionalmente, so pena de usurpar jurisdicción, ni legalmente, por defecto de regulación en el procedimiento, puede resolver.

Cuarto: Que de lo anterior se desprende que sólo la incorporación al título ejecutivo de la novación de la cuenta financiera que incorpora la deuda permitirá la ejecución instada, lo que conforme a Derecho exigirá el correspondiente y previo otorgamiento de escritura pública de novación modificativa que deberá haber contado con el consentimiento de ambas partes. Y también, obviamente, deberá ser registrada, pues el contenido de los asientos de inscripción circunscribirán el ámbito del procedimiento, como del propio modo sucede en el ejecutivo judicial hipotecario.

SOBRE EL CUESTIONAMIENTO DE UNA CONDICIÓN GENERAL PRERREDACTADA POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS REFERENTE AL TÍTULO EJECUTIVO

Debemos cuestionarnos ahora la validez de una cláusula que, de ordinario, se inserta como una condición general más de las que integran las minutas contractuales prerredactadas por las entidades financieras, una cláusula que sin perjuicio de sus variantes de redacción viene a disponer que la parte deudora consiente que la entidad financiera, con su sola intervención, pueda solicitar y obtener del instrumento público correspondiente segundas y posteriores copias con eficacia ejecutiva, cláusula que unas veces adopta la apariencia de una declaración de voluntad negocial, y otras la de una prestación unilateral de consentimiento anticipada por el deudor. A nuestro juicio, dicha cláusula calificada con arreglo a su verdadera naturaleza no es más que una renuncia impuesta al deudor de las garantías procesales hasta aquí examinadas. Los acreedores argumentan que tal consentimiento del deudor viene permitido por el artículo 517.2.4.º de la LEC, «...o que se expida con la conformidad de todas las partes»; pero a nosotros nos parece más bien que tal conformidad legal nunca debería entenderse como simultánea a la formación del título declarativo, es decir, constar en el mismo, porque en ese tiempo carece de causa que la justifique, sino que debería prestarse

en un tiempo ulterior, propiamente el coetáneo al impago, tiempo en el que la parte acreedora, que tiene derecho legítimo a la ejecución, se ve imposibilitada de acceder a ella por falta o perjuicio del título ejecutivo. A nuestro juicio es a ese tiempo al que se refiere la LEC, un tiempo en el que la conformidad de la deudora dependerá del hecho de no haber sido ejecutada con anterioridad en su patrimonio por aquella deuda (y nótese que lo hubiera podido ser en otros bienes distintos de los hipotecados a través del proceso de ejecución común instado en virtud del título ejecutivo referido); y caso de que la negare, no por ello la parte acreedora quedará huérfana de protección legal, pues entonces la podría obtener «...*en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante...*», esto es, permitiendo siempre al deudor alegar lo que a su derecho procediere, sin causarle indefensión.

La importancia de lo expuesto es eminentemente práctica, porque la validez de la cláusula meritada es sumamente cuestionable, ora si se estimare que es contraria a norma imperativa de naturaleza procesal, ora si se la considerare cláusula abusiva por suponer una «*renuncia ...de los derechos impuesta al consumidor y usuario*» que le privase «*de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas...*», siendo en todo caso inaplicable de oficio por el juez (art. 86 del RDL 1/2007, TR de LGDCU y otras leyes complementarias).

SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO AL TIEMPO DEL LANZAMIENTO Y SOBRE LA CARENCA DE TÍTULO QUE LEGITIME ESTE ÚLTIMO

En nuestro artículo anterior: *Algunas consideraciones doctrinales sobre el procedimiento extrajudicial hipotecario*, al que nos remitimos, ya se abordaron con detalle las cuestiones referentes a la deficiencia de los controles de legalidad notarial y registral, deficiencias que resultan especialmente graves en materia de contratos propios de las entidades financieras, pero no procede insistir ahora sobre estos extremos.

Lo que sin embargo sí resulta obligado tratar aquí y ahora, por inexplicable, es la constatación de una nueva y añadida limitación a la calificación registral de legalidad, la que nace del artículo 236-1.3 del RH. Dicho precepto al establecer que «*la escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario, así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella*», lo que en realidad hace sin llegar a expresarlo, es afirmar que el Registrador de la Propiedad, en el ejercicio de su función calificador de la legalidad de los títulos, tiene vedado el acceso a la copia del acta del procedimiento extrajudicial hipotecario y, por tanto, a la calificación íntegra de la legalidad de su tramitación. Se dirá que el artículo 236-1.2 del RH ya

dispone que *«en la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales practicados...»*, pero esta afirmación es claramente objetable: Primero, porque no parece muy lógico que siendo el notario el órgano responsable que tramita el procedimiento sea a su vez quien enjuicie y traslade los particulares que él mismo considere esenciales del acta diligenciada a la escritura de enajenación. Segundo, porque no habiendo participado el registrador en el procedimiento, necesariamente desconocerá los particulares esenciales que hubieren podido concurrir en el mismo, los cuales serán extravagantes a la calificación. Tercero, porque en la práctica, todo presupuesto o requisito para proceder y todo trámite efectuado, so pena de considerarlo superfluo, deviene en esencial, o cuando menos los interesados tienen derecho a considerarlo así. Y cuarto porque en un procedimiento de ejecución, sobre el que pesa una jurisprudencia uniforme contraria a su constitucionalidad y legalidad, ¿qué razones justifican la nueva limitación añadida al control de legalidad registral?

Las consideraciones anteriores no son una nonada, porque si el control de legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario no tiene la amplitud del judicial, y a las evidencias nos remitimos, entonces las titularidades derivadas del mismo tal vez no debieran beneficiarse de la presunción de legalidad del artículo 38 de la LH; lo que a su vez da pie a otra consideración de enorme calado: El artículo 236.m) del RH, con relación al extrajudicial hipotecario dispone que *«el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al juez de primera instancia del lugar donde radiquen»*. Y esto, en cierto modo, no se entiende. ¿En virtud de qué título ejecutivo el órgano judicial actuante despacha sin más el lanzamiento o deshaucio instado? Porque, sin duda, el resultante de la tramitación no lo es, como tampoco lo es la adjudicación ulterior o venta extrajudicial. Resulta que la LEC excluye de fuerza ejecutiva a la escritura pública (art. 517.1.2.4.º) que incorpore una obligación no dineraria (art. 520.1), y si esto vale para el supuesto ordinario de una obligación típica de origen negocial que presupone acuerdo de partes y control de legalidad extrajudicial pleno, ¿cómo es que sin embargo no vale para el caso presente donde no hay acuerdo de partes y donde el control de legalidad difícilmente puede ser más menoscabado? ¿Por qué una norma meramente reglamentaria (que no respeta la jerarquía normativa y que además, por su naturaleza, debería estar sujeta a reserva de ley, según jurisprudencia) ordena al órgano jurisdiccional una actividad plenamente ejecutiva basada en un título extrajudicial que legalmente carece de ejecutividad? Todo esto presupone una actividad ejecutiva judicial superprivilegiada que, a salvo de mejor juicio fundado, va más allá del Derecho.

CONCLUSIÓN

De todo lo hasta aquí expuesto y fundamentado, que sometemos a cualesquiera otras razones mejor fundadas en Derecho, se desprende que el proce-

dimiento extrajudicial hipotecario, como proceso de ejecución que es, exige potestad jurisdiccional en el órgano que lo tramita, lo que se manifiesta ya desde su mismo inicio, en y con la decisión de dar trámite (*in limine litis*) a la ejecución instada, y que prosigue luego de ese momento en las diversas incidencias que se plantean al órgano ejecutante, el cual deberá inexcusablemente decidir con arreglo a las leyes para el caso particular de que conozca, y sin limitación alguna, diciendo Derecho y aplicando Derecho, y esto solo tiene un nombre: Jurisdicción y potestad jurisdiccional, como la que debiera tener el órgano ante el que se plantearan y sustanciaran los eventuales recursos.

Por todo ello, sin perjuicio de afirmar una vez más a efectos doctrinales, de forma concorde con la jurisprudencia uniforme de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que el procedimiento extrajudicial hipotecario es inconstitucional y no ajustado a Derecho, concluimos el presente artículo aseverando que su mantenimiento, en beneficio de los sujetos de derecho que de él han de servirse para la consecución de sus fines particulares, socava los fundamentos o pilares sobre los que se asienta la seguridad jurídica preventiva en nuestro Derecho patrio, y compromete al mismo Estado de Derecho, y todo debido a sus graves deficiencias de regulación, a las fuertes restricciones al control de legalidad que sufre, y en mayor manera a la falta de autoridad y atribuciones jurisdiccionales del órgano ejecutante, cuyas decisiones, además y a la postre, quedarán siempre remitidas a una eventual responsabilidad civil, lo cual es poco menos que inaudito.

RESUMEN

HIPOTECA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Los autores defienden que el procedimiento de ejecución hipotecaria ante notario no se ajusta a la Constitución ni a las Directivas de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas y es contrario al sistema de seguridad jurídica preventiva al reducir el control de legalidad y la calificación del registrador. Por otra parte defienden que en caso de cesión del crédito hipotecario, la ejecución solo pueda instarse por parte del cesionario del crédito que tenga inscrito su derecho de hipoteca, de manera que sin inscribir la cesión no pueda expedirse certificación de cargas.

ABSTRAC

MORTGAGE FORECLOSURE PROCEEDING

The authors argue foreclosure proceedings that the before a notary does not conform to the Constitution and to the European Union Directives, are unfair and contrary to preventive legal security system, so they reduce the power of review by the land registrar. On the other hand argue that in case of assignment of mortgage credit, the execution can only encouraged by the assignee of having registered their right mortgage, so that the transfer unregistered certification can not be issued.

(Trabajo recibido el 10-10-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)

Procedimiento extrajudicial hipotecario (III): Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios y de otras consideraciones

por

MARTA MOLINS GARCÍA-ATANCE

Notario

y

GALO ALFONSO ORIA DE RUEDA ELÍA

Notario

SUMARIO

SOBRE LA LIBERTAD DE FORMA.

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMAS PRIVADAS Y SUS
CESIONES.

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMA PÚBLICA.

SOBRE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS.

REFERENCIA AL AUTO NÚMERO 133/2012 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE CASTELLÓN, SECCIÓN TERCERA.

UNA REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EURO-
PEO DE 14-6-2012.

COROLARIO.

El presente artículo, desarrollado al hilo del Auto número 133/2012 de la Audiencia Provincial de Castellón, versa sobre la cuestión de la necesaria concurrencia del requisito procesal de la inscripción registral de la titularidad del acreedor-cesionario hipotecario al efecto de poder instar uno cualesquiera de los procedimientos de ejecución hipotecaria. A este fin y, con carácter previo, para una mejor comprensión de la materia resultará oportuno en esta sede relacionar la figura de la cesión de créditos (arts. 1526 y sigs. del CC), con la extinción del crédito por pago (art. 1156 y concordantes del CC), y con la incidencia que sobre las instituciones anteriores, en relación a sus efectos, tiene la elección de la forma pública en la documentación del crédito o del negocio de su cesión (arts. 1218 y concordantes del CC), y con las notificaciones (cuestión esta última propia de la normativa notarial y civil-procesal).

SOBRE LA LIBERTAD DE FORMA

En principio, la cesión de créditos, como negocio jurídico que es, está acogida en nuestro Derecho patrio al principio general de libertad de forma proclamado en el artículo 1278 del Código Civil (CC), por lo que la cesión será válida y obligará cualquiera que fuere la forma en que se hubiere convenido. Esta afirmación, sin embargo, no obsta a que la concreta forma revestida por el negocio de cesión sea relevante.

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMAS PRIVADAS Y SUS CESIONES

Respecto de los créditos y de los negocios jurídicos de cesión de los mismos, documentados en formas privadas, no hay especialidades. Conviene sí, dejar claro desde el principio, que en materia de extinción de obligaciones por pago, la buena fe del deudor se revelará siempre como un elemento decisivo. El efecto extintivo de la obligación dependerá de que el pago se haya hecho a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación (art. 1162 CC), o de que se hubiere hecho con buena fe al que estuviere en posesión del crédito, lo que parece que se refiere a estar en posesión de los títulos de pertenencia (arts. 1164 y 1464 del CC), o de que se hubiere hecho con buena fe al primitivo acreedor, al desconocer el deudor la cesión del crédito efectuada (art. 1527 CC).

Respecto del conocimiento de la cesión por el deudor, caso de que esta se convenga en forma privada entre titular-cedente y acreedor-cesionario, debemos preguntarnos sobre quién debe notificar la cesión al deudor cedido para que la recepción del pago sea suficiente a efectos liberatorios. Parece que deberá ser el cedente quien notifique la cesión, bastando al deudor-cedido cualquier forma

que le permita probar que aquella tuvo lugar. El negocio de cesión del crédito es *res inter alios acta* respecto del deudor cedido, y el documento privado que lo contenga, de por sí, carece de fehaciencia en cuanto a su contenido, por lo que la notificación que del mismo pudiere hacer el acreedor-cesionario, en principio, sería insuficiente, a no ser que estuviere en posesión del crédito y así lo acreditar; y dicha insuficiencia o riesgo del deudor se daría tanto si la notificación se realizare en forma pública como en forma privada, dado que no sería bastante para asegurar al deudor un pago liberatorio de la deuda, por la razón, aquí reiterada, de que el documento privado del negocio de cesión no goza de fe pública en el tráfico jurídico. Por otra parte, debe considerarse que el artículo 1280 del Código Civil, al regular la forma potestativa de los negocios al que las partes pueden compelerse recíprocamente a otorgar, no permite al acreedor-cesionario exigir del cedente la elevación a público del negocio de cesión de un crédito documentado privadamente, y la razón es que al no provenir la obligación negociada de título público, no cabría que el acreedor-cesionario se beneficiara de los efectos propios de la titulación notarial, al quedar al margen de los mismos la obligación privada contraída por el deudor-cedido; en suma, que este título, aún público, ni tendría efecto legitimador, ni tampoco ejecutivo para reclamar el pago del deudor (art. 1280.6.º CC) por razón de no tenerlos aquel del que trae causa. O sea, que si el acreedor carece de título ejecutivo frente al deudor, esa falta se comunicará al acreedor-cesionario, independientemente de la virtualidad de la forma cubierta por el negocio de cesión. En este supuesto de notificación de la cesión del crédito efectuada por el cesionario al deudor, el efecto extintivo de la obligación pagada por este último al acreedor-cesionario se produciría en la medida en que la cesión, eventualmente controvertida o negada por el cedente, fuera confirmada judicialmente, o caso de ser invalidada, en la medida en que el pago hubiere sido de utilidad al acreedor-cedente (art. 1163 CC).

SOBRE LOS CRÉDITOS DOCUMENTADOS EN FORMA PÚBLICA

El crédito documentado en forma pública añade a los documentados en forma privada el efecto de fehaciencia, esto es, de su credibilidad legal, por ello hace prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este (art. 1218 CC). Tiene por tanto frente a tercero un plus, el efecto legitimador, porque en los términos circunscritos legalmente debe ser creído. La escritura pública constituye, a través de su copia con eficacia ejecutiva, un título con tal virtualidad para quien en aquella aparece como acreedor (art. 517.2-4.º CC), de donde se desprende que al cesionario le interesará la cesión del crédito en forma pública, forma cuyo otorgamiento podrá exigir del cedente (art. 1280.6.º CC) con el fin de: primero, obtener un título legitimador bastante para poder exigir del deudor un pago con seguros efectos

liberatorios para este último, porque lo pactado privadamente no tiene fuerza creíble bastante para el deudor por adolecer de efecto legitimador (art. 1230 CC); y segundo, para obtener un título ejecutivo a su favor. En este caso de cesión de crédito en forma pública la notificación de la cesión, puede ser hecha tanto por el cedente del crédito como por el acreedor-cesionario, porque el negocio de cesión, por sí, es fehaciente. La notificación al deudor deberá hacerse presentando al deudor la copia auténtica o fehaciente del título público de cesión, el cual, legalmente, es digno de crédito en sus pronunciamientos, o bien a través de la notificación notarial del contenido testimoniado de aquel (art. 1218 CC; 221 y 233 del RN). En estos supuestos el efecto extintivo de la obligación se producirá sólo si el pago se ha efectuado al acreedor cesionario.

SOBRE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS

El artículo 1528 del Código Civil dispone que *«la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como... la hipoteca»*, y el artículo 1537 del Código Civil dispone, tras la regulación de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales que, todo lo dispuesto en el título de la compra y venta, *«se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria»*.

En materia de cesión de créditos con garantía hipotecaria, el artículo 149 de la LH dispone, por una parte, que *«el crédito o préstamo garantizado por hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil»*, precepto este último que establece respecto de la cesión de los créditos que *«...no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1218 y 1227»*, y que *«si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro»*. Luego afirmado lo anterior, la cuestión consiste en dilucidar qué alcance debe darse al término «tercero». Y parece lógico que el término «tercero» comprenda a todos aquellos sujetos que, sin haber sido parte en el negocio jurídico de cesión, pudieran resultar «civilmente» perjudicados por la oponibilidad del mismo. Es decir, todos aquellos que no habiendo sido parte negocial de la cesión, caso de no establecerse una fecha cierta de oponibilidad de aquella, ajena a las meras declaraciones de las partes o extrínseca a sus exclusivas actuaciones, podrían quedar expuestos a perjuicios derivados del desconocimiento de la cesión. Ahora bien, la cuestión que surge en este punto, referida al deudor, es la resultante de considerar que él también es un tercero, cuando menos, en el sentido de que es ajeno o extraño al negocio de cesión del crédito en el que no ha intervenido, por lo que deberá gozar de tal consideración respecto de lo que le beneficie en cuanto la cesión no le sea oponible; pero además gozará de una protección civil específica, la propia de su condición de

deudor, en tanto que la falta de conocimiento bastante o suficiente de la cesión le ha de posibilitar un pago a su antiguo acreedor, el cedente, con efectos liberatorios, por más que la cesión ignorada fuera de fecha fehaciente anterior al tiempo de producirse el pago.

Y como por otra parte resulta que el préstamo o crédito hipotecario ha de concertarse en escritura pública, pues esta titulación es la precisa para el acceso al Registro de la Propiedad de las titularidades reales, y como la oponibilidad de la cesión de aquellos depende de los asientos de inscripción correspondientes, es por esto que el artículo 149 de la LH, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, dispone, en lo que ahora interesa que: «*La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*». Con la reforma expuesta se suprimió la referencia legal intercalada que exigía que de la escritura de cesión se diese conocimiento al deudor, aunque se mantuvo la mención reglamentaria, «*...del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor...*» (art. 242 RH). Ciertamente es que la escritura de cesión podía y puede convenirse válidamente y acceder al Registro sin la notificación al deudor de la cesión, lo que ocurre es que si esta no se ha efectuado debiendo hacerse, la ley responsabiliza al cedente «*...de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta*» (art. 151 LH) y si no consta inscrita o anotada permite al deudor, por aplicación del artículo 1527 del Código Civil, pagar al primitivo acreedor y obtener la cancelación de la hipoteca con el documento acreditativo del pago, aunque no lo hubiere consentido el acreedor-cesionario (art. 176 RH). Por lo que atañe a la notificación, esta debe ser suficiente, y tratándose de la cesión de un crédito hipotecario debe producirse «*por los medios establecidos en el artículo 222*», según dispone el artículo 242 del dicho Reglamento, siendo aquellos —según el precepto remitido— el judicial, «*en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil*», y el notarial, que se hará con «*las mismas formalidades en cuanto quepan dentro de su competencia y sean compatibles con su ministerio*». Por tanto, se trata de una notificación fehaciente de la cesión.

A propósito de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, antes citada, procede hacer ahora alguna reflexión. La Exposición de Motivos de su Preámbulo (punto VII), indica como una de sus finalidades la de «*facilitar el acceso al Registro de los títulos*» hipotecarios al efecto de lograr que las titularidades reales resultantes de los mismos «*queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva*». En consecución de tales objetivos, la norma precitada da nueva redacción entre otros a los artículos 12, 130 y 149 de la LH. Ahora bien, con relación al segundo de los objetivos perseguidos por la Ley 41/2007, el de la seguridad jurídica preventiva, parece que en vez de reforzarse, más bien se ha debilitado, pues dicha seguridad, para ser tal, debe escalonarse sobre la legalidad y esta resulta comprometida en el nuevo artículo duo-

décimo. Veamos. La acción hipotecaria presupone un doble elemento, el principal, crediticio o ejecutivo, y el accesorio, hipotecario o registral. En cuanto al elemento hipotecario, referente a lo publicado por el asiento de inscripción de hipoteca, la cuestión permanece invariada tras la reforma; verdad es que el artículo 130 de la LH en la redacción dada por la LEC (Disposición Final novena) decía que: *«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo»*, y que tras la Ley 41/2007 se suprimió la referencia al carácter constitutivo de la inscripción, pero no es menos cierto que, dada la naturaleza propia de la acción hipotecaria, como luego veremos, se ha mantenido que ésta no tiene más contenido actuable que el amparado por *«aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo»* (art. 130 LH) y que, la inscripción del título —titularidad diríamos, pues este es el objeto y fin propio del Registro de la Propiedad al ser un registro de titularidades (art. 38 LH)— es requisito del válido establecimiento de la hipoteca (art. 145 LH). Pero en cuanto al elemento crediticio, y por lo que atañe al título ejecutivo, a la legalidad de su contenido y, por ende, a la de lo trasladado al asiento registral, se ha introducido una mutación trascendental a resultas de la cual la presunción de existencia, pertenencia y extensión de los derechos inscritos en los términos publicados por los asientos ya no puede predicarse sin más respecto de los hipotecarios, porque el notario no puede denegar su autorización en cuanto a las cláusulas ilegales de las minutas de las entidades financieras (art. 81 del RDL 1/2007, TR de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y STS de 20/05/2008, referente al control de legalidad notarial, y Ley 2/2009, de 31 de marzo, por contraposición a la primera citada, que no solo lo permite sino que lo impone para las empresas *distintas de las entidades de crédito* que de manera profesional concedan préstamos o créditos hipotecarios), y porque el registrador, habiendo calificado favorablemente las cláusulas de trascendencia real del título hipotecario, deberá, por imposición legal, hacer constar en el asiento *«las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras... a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo»*, lo que es tanto como decir que dichas cláusulas contractuales quedan excluidas del control de legalidad del registrador que, por contra, debería extenderse irrestricto a la validez de los actos dispositivos contenidos en los títulos (art. 18 LH) y que, a su vez, es fundamento de la presunción de legalidad de las titularidades (art. 38 LH). Y esto, lo expuesto, es asunto grave en la ejecución. Al fin y al cabo podríamos decir que la aludida reforma posibilita que cláusulas abusivas, carentes de carácter real y nulas de pleno derecho (art. 83.1 del RDL 1/2007, TRLGDCU), a excepción de aquellas cuya nulidad hubiera sido previamente declarada por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

(art. 84 TRLGDCU), cláusulas todas ellas prerredactadas por las entidades financieras en sus minutas, e impuestas al deudor en su perjuicio, podrán acceder al asiento registral y crear una falsa apariencia de legalidad, induciendo a confusión a todos los sujetos del tráfico jurídico y, de entre ellos, al mismísimo órgano ejecutante. Y esto mismo resulta posible en cuanto a las cláusulas escrituradas, según la normativa vigente. Permítasenos un ejemplo ordinario: el de la cláusula en la que el deudor hipotecante consiente que la entidad financiera pueda obtener cuantas copias ejecutivas quiera, y a su sola voluntad, de la escritura pública de préstamo o crédito hipotecario y, por tanto, sin sujetarse al procedimiento ni cumplir los requisitos y garantías procesales en favor del deudor legalmente exigidos por las leyes, los cuales son de orden imperativo. Una cláusula así motivó la resolución de la DGRN, de 20-5-1987, que la tachó de ininscribible, tanto por su ilegalidad, como por su falta de trascendencia real: *«Tampoco es posible, por su intrascendencia real y porque rebasa los límites conferidos a la autonomía de la voluntad, la inscripción de la cláusula... que faculta al acreedor para obtener por sí solo segunda copia de la escritura dotada de virtualidad ejecutiva; "...dada..." la imperatividad de los artículos 1429.1 —hoy 517.2.4.º— de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 18 de la Ley Notarial, que reclaman para la atribución de eficacia ejecutiva a la segunda copia, que su expedición haya sido consentida por todos los posibles afectados, y entre ellos, indudablemente, está el probable tercer poseedor que haya de soportar la ejecución hipotecaria»*. Ambas circunstancias, antes reseñadas, hacían que dicha cláusula fuera incompatible con las exigencias de la legitimación registral (art. 38 LH); y a la par, la consecuente denegación registral coadyuvaba a que un título no ejecutivo, por nulo, no pudiera dar lugar a una ejecución eventualmente nula (*nulla executio sine titulo*). De lo expuesto se desprende, a las claras, que el principio de legitimación registral ya no puede, ni debe, alcanzar al contenido íntegro del asiento y, desde luego, a toda aquella parte que haya sido eximida de la calificación registral. En suma, tras la reforma apuntada, asiento registral y legalidad se han disociado, lo que parece que antes, de facto, no era así, y de ahí que desconocer pronunciamientos del asiento registral exigiera, en todo caso, una declaración judicial previa (arts. 1.3 y 33 de la LH). Al final del artículo volveremos sobre una consecuencia de esta argumentación (para precisiones complementarias en la cuestión nos remitimos a nuestros artículos previos al presente: «ALGUNAS CONSIDERACIONES DOCTRINALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO» y «DE LA NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL HIPOTECARIO, DE ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS Y DEL LANZAMIENTO»). Y en lo que respecta, y volviendo al primero de los aspectos antedichos, el de facilitar la publicidad de las titularidades hipotecarias, el párrafo primero del artículo 149 de la LH dispone taxativamente y de forma imperativa que *«el crédito o préstamo hipotecario podrá cederse...»* y que dicha

cesión «...deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad», lo que es concorde con la nueva redacción del artículo 130 de la LH que limita el ejercicio del procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados a la «realización de una hipoteca inscrita». El tenor legal parece claro. Mas como se da el caso de que algún acreedor ha pretendido utilizar el procedimiento de ejecución directa sin inscribir previamente su titularidad hipotecaria, es preciso preguntarse qué significa «hipoteca inscrita», o con más precisión, si esta expresión exige la inscripción registral de la titularidad del ejecutante. En principio, procesalmente diríamos, la actuación de cualquier contenido registral presupone la inscripción previa de la titularidad ejecutante, y ello por dos fundamentos: primero, porque dicha actuación procesal, por su carácter, exige el control previo registral de la legalidad de la adquisición del derecho que se actúa (art. 18 LH), lo que es a su vez consecuencia directa del efecto legitimador que deriva de la inscripción (art. 38 LH), pues en la medida en que el asiento publica una titularidad determinada correlativamente excluye la de los demás; y segundo, porque es consecuencia de la inoponibilidad de lo no inscrito, esto es, de las titularidades que no hayan accedido al Registro (art. 32 LH). Pero es que, además, la propia lógica de la institución registral así lo exige. Porque nos hallamos ante el ejercicio de una acción hipotecaria que se funda en un elemento obligacional principal, el crédito, lo que exige un título hábil para proceder ejecutivamente, y en un elemento real accesorio, la hipoteca, que exige un asiento de inscripción y que posibilita la especialidad del proceso ejecutivo.

Tras lo expuesto y a los fines del presente artículo, nos interesa poner de manifiesto dos cualidades inherentes al elemento real accesorio: la autonomía y la vigencia registrales. Autonomía registral, porque el contenido actuable del derecho del acreedor ejecutante a través de los procedimientos de ejecución hipotecaria viene delimitado por el propio del asiento registral (art. 130 LH). Diríamos que lo que ejercita el acreedor es una acción que, gestada en un título ejecutivo, nace de un derecho inscrito y en él se confina. Vigencia registral, porque el derecho que se acciona, lo ha de ser, por quien está legitimado para ello, y lo está quien aparece como su titular registral vigente, es decir, con una titularidad oponible a terceros. Y estas dos notas expuestas nos conducen al presupuesto de la acción hipotecaria, el de la «legitimación registral». Dado que sin la inscripción de la titularidad por parte del acreedor-cesionario ejecutante no hay legitimación registral del mismo, y dado que esta, a su vez, es presupuesto de la acción hipotecaria, no debería darse tal acción sin previa inscripción. Y a mayor abundamiento parece que el artículo 41 de LH, que parte de concepción análoga en relación a acciones que nacen de los derechos inscritos, corrobora lo argumentado, porque las acciones que el precepto alumbraba están basadas en la legitimación registral, lo que significa que se integran objetivamente, por el contenido actuable definido en el correspondiente asiento y, subjetivamente, por

una adquisición de titularidad legalmente presumible (art. 18 y 38 LH), oponible (art. 32 LH) y, vigente; así dice el precepto, *«estas acciones ... exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente»*.

En suma, de todo lo expuesto hasta ahora se desprende que la exigencia de previa inscripción registral es ineludible para incoar y seguir tanto el procedimiento ejecutivo judicial hipotecario como el extrajudicial hipotecario notarial. Por lo que hace al primero de ellos, el artículo 688.1 de la LEC dispone que *«cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación ... en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente...»*. Y por lo que respecta al segundo, siendo su naturaleza la misma que la del procedimiento anterior la conclusión no puede ser diversa. El artículo 236.b).1 del RH dispone que: *«El notario... solicitará del Registro de la Propiedad certificación comprensiva de los siguientes extremos: ...2.º Inserción literal de la inscripción de la hipoteca en los términos en que esté vigente...»*.

Considérese además, que estar a lo expuesto tiene efectos civiles, tanto para el órgano ejecutante como para el deudor. Para el órgano ejecutante al efecto de evitar incurrir en la responsabilidad desprendida de haber resultado del procedimiento un pago no liberatorio para el deudor, el efectuado en favor de quien ni era el titular registral vigente al tiempo de la ejecución, ni el que a posteriori resultó verdadero acreedor civil en dicho momento, circunstancia que podría derivar de vicios, nulidades o ineffectas en los negocios de cesión de crédito hipotecario invocados y aportados al órgano ejecutante por el acreedor accionante no inscrito y de los cuales resultare su pretendida titularidad. Para el deudor, por el riesgo de haber soportado la ejecución hipotecaria y continuar obligado por la integridad de la deuda, sin perjuicio de las acciones de que pudiere hallarse asistido nacidas de un pago indebido o de una contingente responsabilidad del órgano ejecutante. Desde esta inteligencia de las cosas, la transparencia en materia de créditos hipotecarios —preconizada por la Ley 41/2007— facilita al titular inscrito el ejercicio de la acción hipotecaria gestada en el título ejecutivo y nacida del efecto legitimador del asiento registral, y en contrapartida libera al deudor ejecutado de cualquier responsabilidad tanto por las vicisitudes que pudieran afectar a los negocios jurídicos de transmisión o cesión del crédito en favor del titular registral que ejecuta, como por los negocios de cesión que éste hubiere efectuado en cualquier forma, incluso pública, y que no hubieren accedido al Registro. De esta suerte, la notificación de la cesión crediticia efectuada en debida forma, sería un acto jurídico que impediría al deudor un pago voluntario y liberatorio al cedente que apareciese como acreedor titular registral vigente, a la par que le permitiría un pago voluntario y liberatorio al cesionario indicado en la notificación pero no inscrito, aunque dada la incidencia de la buena fe en relación con los efectos del pago, tal vez solo si

la notificación de que hablamos se hizo «en la debida forma». Ahora bien, en el restringido ámbito de un procedimiento hipotecario, dadas las severísimas o totales restricciones de actuación que, según el caso, afectan a la deudora, no parece que cupiera prescindir en modo alguno del cumplimiento del requisito, por otra parte legalmente prescrito, de la inscripción de la titularidad de la acreedora ejecutante a los efectos antedichos de asegurar un pago liberatorio.

Y lo expuesto se corrobora y es del todo concorde con la regulación de la cesión de créditos endosables o al portador garantizados con hipoteca y regulada en el artículo 150 de la LH. En dicho precepto se declara que *«el derecho hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro»*, lo que se fundamenta en que el acreedor legítimo para recibir el pago liberatorio, lo es únicamente el tenedor legítimo de los títulos garantizados, ya el endosatario, ya el portador, porque en ellos el derecho obra incorporado inescindiblemente a los documentos, y la extinción de la deuda por ellos representada a su rescate. Y como en este caso el deudor está suficientemente protegido por la naturaleza del crédito cartulario, en el que la recuperación de los títulos lo pondrá a cubierto de las vicisitudes de los negocios de cesión, es por lo que la ley le exime de la necesidad de inscribir la titularidad del crédito hipotecario en el Registro.

Antes de terminar esta exposición debemos añadir una consideración adicional referida a las entidades financieras: éstas, en sus minutas preredactadas con carácter general, imponen a los deudores la renuncia a ser notificados de la cesión del crédito, conforme lo permite el artículo 242 del RH, y siendo esto así resulta que, de ordinario, el deudor para no verse perjudicado y obrar con garantías, debe atenerse en cuanto al pago a los pronunciamientos vigentes del Registro de la Propiedad, pues legalmente puede acogerse a ellos, y aún más, le convendrá hacerlo para proteger sus intereses, teniendo en cuenta que los pronunciamientos registrales omitidos, de ordinario por inactuación de la cesionaria, no le son oponibles (art. 32 LH), circunstancia que deberá inexcusablemente tener presente el órgano ejecutante para evitar perjuicios y responsabilidades exigiendo la inscripción del derecho del acreedor-cesionario ejecutante. Y todo ello sin perjuicio, por supuesto, de que: *«Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta»* (art. 151 LH).

En este contexto legal expuesto, cuyo análisis e interpretación sometemos sin ambages a cualquier otro mejor fundado en Derecho, es en el que, a nuestro juicio, desarrolla todo su sentido el auto que se refiere a continuación, del cual el presente artículo es tributario.

REFERENCIA AL AUTO NÚMERO 133/2012 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN, SECCIÓN TERCERA

El referido auto entra a resolver la cuestión controvertida que la Audiencia enuncia así al principio del Fundamento de Derecho tercero: «TERCERO. El núcleo de la divergencia de la recurrente con la resolución dictada en el primer grado de la jurisdicción radica en que, según la promotora de la ejecución, no es necesario para la continuación del proceso ni, por lo tanto, para su incoación, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión a su favor del crédito y de la garantía real constituida en su día».

Pues bien, centrada así la cuestión, la Audiencia resuelve desestimar el recurso de la entidad financiera, entre otros con los siguientes argumentos, que nos permitimos extraer, sin perjuicio de recomendar la lectura directa del Auto:

Primero: Porque la falta de inscripción de la cesión del crédito constituye «un obstáculo de tal naturaleza» que podría hacerse valer por el ejecutado en el ámbito de la regulación general del proceso de ejecución de título no judicial (art. 559 LEC), pero en el ámbito de la ejecución sobre bienes hipotecados no hay tal oportunidad, pues no está previsto entre las causas de oposición; lo que no impide que se trate de «un defecto esencial, que en su día pudo evitar el inicio del proceso» por lo que el órgano judicial, «advertida la deficiencia, ha de obrar en consecuencia y adoptar un acuerdo cuyo efecto sea similar al de inadmisión que debió dictar en su día»; para lo cual el momento en que se ha procedido para la terminación del proceso «no es inoportuno, puesto que se ha tomado la decisión tras verificar que en la certificación registral expedida en cumplimiento de la previsión del artículo 688 LEC no figura la promotora del proceso como titular del derecho de garantía real que pretende realizar».

Segundo: Porque el trámite de la solicitud y obtención de la certificación registral para su aportación al procedimiento «no tiene otro sentido que la comprobación de la vigencia del derecho en que se funda la ejecución».

Tercero: Porque «...el carácter sumario, y con limitadas causas de oposición del procedimiento de ejecución de título no judicial, debe comportar un control estricto de los títulos que pueden dar lugar a la misma...», y porque es doctrina jurisprudencial que el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria, por la extraordinaria limitación de la cognición procesal que comporta, «...exige en contrapartida una escrupulosa observancia de los requisitos formales legalmente establecidos...».

Y cuarto: Con un trasfondo de defensa del deudor, el auto entiende que en el procedimiento hipotecario, dada su especialísima naturaleza, «el título en que se basa la ejecución hipotecaria (art. 685) y la inscripción registral acreditada mediante la certificación (art. 688) han de ser suficientes por sí mismos para la incoación y el posterior progreso del procedimiento».

UNA REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO DE 14-6-2012

Una última reflexión: antes de finalizar el presente artículo debemos regresar a una consideración que más arriba dejamos pendiente con relación a una consecuencia de disociar legalidad e inscripción registral. La quiebra de tal vinculación aumenta exponencialmente la importancia del «*control estricto de los títulos*» que pueden dar lugar a la ejecución. Porque, desde luego, resulta vital para el buen fin de la ejecución poner en claro que sólo y exclusivamente las cláusulas de contenido real, aquellas que han sido objeto de calificación, aquellas que están amparadas por la presunción de legalidad, sólo esas y no otras son las que están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Y no se trata tanto de que antes el contenido protegido del asiento fuera más amplio, pues los pronunciamientos del Registro y su eficacia están contraídos a los fines de la institución registral, como de que ahora se abran las puertas de los asientos registrales, diríamos, casi de par en par, a cláusulas de contenido carente de trascendencia real, sin excluir *de facto* las abusivas nulas redactadas e impuestas a los deudores por las entidades financieras en su propio y exclusivo beneficio. Y no parece, ni razonable ni legal, que la ejecución pueda o deba descansar en las mismas. Mas bien parece que el control de oficio por el órgano ejecutante, control estricto, debe cerrarles el paso a la vida jurídica. Así lo ha entendido y lo sigue entendiendo el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia de 14-6-2012, dictada en interpretación y aplicación, entre otras, de la Directiva 93/13/CEE, y a propósito del juicio monitorio regulado en la LEC, pronunciándose afirmativamente sobre la competencia del órgano jurisdiccional nacional al efecto de proceder de oficio en el enjuiciamiento y privación de virtualidad a las cláusulas abusivas, lo que sin duda, y sin necesidad de tal jurisprudencia, también resulta aplicable a las nulas de pleno derecho de los títulos ejecutivos que contravienen normas imperativas o prohibitivas.

En este sentido la sentencia citada se pronuncia así: «...la Directiva 93/13/CEE... prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor... el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (lo que)... incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello... —y prosigue la sentencia con relación al monitorio— ...bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, las características específicas de los procedimientos ju-

diciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13. En tales condiciones procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad...».

El fundamento jurídico remarcado en redonda *reviste mucha trascendencia en relación a los procedimientos judicial y extrajudicial hipotecarios*, porque en nuestros artículos más arriba citados, a los que nos remitimos, pusimos de manifiesto y demostramos, a nuestro juicio, que la situación de los consumidores (entiéndase prestatarios, acreditados, o garantes, y sin perjuicio de otros afectados como acreedores posteriores de aquellos o terceros poseedores) en relación con los profesionales (entiéndase entidades financieras), es de una protección jurídica extraordinariamente inferior en el procedimiento extrajudicial que en el correlativo judicial hipotecario.

COROLARIO

A los fines del presente artículo podemos concluir de todo lo expuesto que, en aras de la necesaria seguridad jurídica civil, resulta imprescindible la previa inscripción de la titularidad hipotecaria en favor de la acreedora ejecutante, exigencia que procesalmente se proyectará tanto al tiempo de incoar el procedimiento de ejecución hipotecaria como posteriormente durante su desarrollo, debiendo en todo caso resultar practicada, cuando menos, al tiempo de la aportación de la certificación registral al procedimiento en tramitación, la requerida en los respectivos artículos 688 de la LEC, para el judicial, y 236-C del RH, para el extrajudicial. Esta inscripción de titularidad será la que proporcione al órgano ejecutante la certeza imprescindible que precisa para sí, en tanto que órgano sujeto a responsabilidad y, para el deudor, al objeto de dejarlo al resguardo de cuestiones civiles ajenas a los pronunciamientos registrales, de que el receptor del pago resultante de la ejecución fue quien legalmente debía serlo.

RESUMEN

HIPOTECA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Los autores defienden que el procedimiento de ejecución hipotecaria ante notario no se ajusta a la Constitución ni a las Directivas de la Unión Europea

ABSTRAC

MORTGAGE FORECLOSURE PROCEEDING

The authors argue foreclosure proceedings that the before a notary does not conform to the Constitution and to the European Union Directives, are un-

sobre cláusulas abusivas y es contrario al sistema de seguridad jurídica preventiva al reducir el control de legalidad y la calificación del registrador. Por otra parte defienden que en caso de cesión del crédito hipotecario, la ejecución solo pueda instarse por parte del cesionario del crédito que tenga inscrito su derecho de hipoteca, de manera que sin inscribir la cesión no pueda expedirse certificación de cargas.

fair and contrary to preventive legal security system, so they reduce the power of review by the land registrar. On the other hand argue that in case of assignment of mortgage credit, the execution can only encouraged by the assignee of having registered their right mortgage, so that the transfer unregistered certification can not be issued.

(Trabajo recibido el 21-3-2013 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)

Los suelos contaminados y el Registro de la Propiedad*

por

FRANCISCO SORIANO LLORENS

Licenciado en Derecho

*Oficial sustituto del Registro de la Propiedad
de La Vila Joiosa, número 2*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. UN PUNTO DE ARRANQUE: LA LEY 10/1998, DE 21 DE ABRIL, DE RESIDUOS.
- II. SEGUNDO PASO: EL REAL DECRETO 9/2005, DE 14 DE ENERO, POR EL QUE SE ESTABLECE LA RELACIÓN DE ACTIVIDADES POTENCIALMENTE CONTAMINANTES DEL SUELO Y LOS CRITERIOS Y ESTÁNDARES PARA LA DECLARACIÓN DE LOS SUELOS CONTAMINADOS:
 1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8 DEL REAL DECRETO 9/2005, DE 14 DE ENERO:
 - A) *La declaración por el propietario de la finca: El número 1 del artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero:*
 - a) El concepto de propietario de la finca.
 - b) Momento de realización de la actividad potencialmente contaminante.
 - c) El concepto de «transmisión de derechos».
 - d) Título en que debe efectuarse la declaración:
 - a') Título notarial, judicial o administrativo.
 - b') Títulos traslativos o declarativos.
 - c') Transmisiones a título gratuito.
 - d') El problema de los títulos hereditarios.

* El presente estudio tiene su origen en el Trabajo de Investigación presentado por su autor en el programa de Doctorado en Derecho Ambiental de la Universidad de Alicante, Departamento de Estudios Jurídicos del Estado de la Facultad de Derecho, con Reconocimiento de Suficiencia Investigadora el 12 de junio de 2012.

- e) La calificación por el registrador de la declaración.
 - f) Sanciones aplicables ante la omisión voluntaria de la declaración.
 - g) La nota marginal.
 - h) Actuaciones registrales posteriores a la nota marginal.
- B) *La certificación registral de dominio y cargas de la finca y su nota marginal: El número 2 del artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero:*
- a) Administración competente.
 - b) El requerimiento.
 - c) La certificación de dominio y cargas.
 - d) La nota marginal.
- C) *La declaración de suelo contaminado y su nota marginal; cancelación de ésta: El número 3 del artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero:*
- a) Título formal para la práctica de la nota marginal.
 - b) Contenido de la certificación.
 - c) Presentación de la certificación.
 - d) La nota marginal de declaración de suelo contaminado.
 - e) Cancelación de la nota marginal.
- D) *Resumen.*

III. EL TERCER LANCE: LA LEY 22/2011, DE 28 DE JULIO, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. UN PUNTO DE ARRANQUE: LA LEY 10/1998, DE 21 DE ABRIL, DE RESIDUOS

La relación entre los suelos contaminados y el Registro de la Propiedad principia en el año 1998, cuando se publicó la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos (*BOE* núm. 96, de 22 de abril), cuyo objeto, según su artículo 1, era prevenir la producción de residuos, establecer el régimen jurídico de su producción y gestión y fomentar, por este orden, su reducción, su reutilización, reciclado y otras formas de valoración, así como regular los suelos contaminados, con la finalidad de proteger el medio ambiente y la salud de las personas. Nos referiremos a dicha Ley en términos de pasado, ya que la misma está actualmente derogada por la nueva Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (*BOE* núm. 181, de 29 de julio), a la que haremos reseña más adelante.

No obstante, con anterioridad (1992), MARTÍN MATEO incidió en la necesidad de que los poderes públicos atendieran la necesidad, entonces escasa, con un reducido número de medidas legales disponibles, de proteger jurídicamente el suelo.

Y más específicamente, con respecto al Registro de la Propiedad, en las Conclusiones del III Congreso Nacional de Medio Ambiente, celebrado en Madrid, en 1996, se disponía que en lo que se refiere al problema de los suelos contaminados, «proponemos incorporar esta característica en el Registro de la Propiedad. Esto servirá para activar las actuaciones necesarias en este campo».

Centrándonos en la citada Ley 10/1998, la misma definía «Suelo contaminado» como aquel cuyas características físicas, químicas o biológicas han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno [art. 3.p)].

La Ley dedicaba a los «Suelos contaminados» su Título V, compuesto por los artículos 27 y 28. En el número 1 del primero de ellos se recogía que la declaración de los suelos contaminados corresponde a las Comunidades Autónomas, preceptuando que éstas declararán, delimitarán y harán un inventario de los suelos contaminados debido a la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, evaluando los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que, en función de la naturaleza de los suelos y de los usos, se determinen por el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas. Además, se regulaba en el mismo precepto que, igualmente, las Comunidades Autónomas declararán que un suelo ha dejado de estar contaminado tras la comprobación de que se han realizado de forma adecuada las operaciones de limpieza y recuperación del mismo.

El número 2 de dicho artículo 27 establecía las consecuencias de que un suelo se declare contaminado. Así, ello obligará a su limpieza y recuperación, en la forma y plazos en que determinen las Comunidades Autónomas, siendo destinatarios de dicha obligación, previo requerimiento de éstas, los causantes de la contaminación y, subsidiariamente, por este orden, los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores.

Y así llegamos al número 3 del citado artículo 27 de la Ley, donde se recoge la Conclusión del III Congreso Nacional de Medio Ambiente al que anteriormente hemos hecho referencia, es decir, la incorporación en el Registro de la Propiedad de la característica de que un suelo está contaminado. En este sentido, dicho precepto establecía que: *«La declaración de un suelo como contaminado podrá ser objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad, a iniciativa de la respectiva Comunidad Autónoma. Esta nota marginal se cancelará cuando la Comunidad Autónoma correspondiente declare que el suelo ha dejado de tener tal consideración»*. Y el párrafo primero del número 4 del mismo precepto, disponía que: *«El Gobierno aprobará y publicará una lista de actividades potencialmente contaminantes de suelos. Los propietarios de las fincas en las que se haya realizado alguna de estas actividades estarán obligados, con motivo de su transmisión, a declararlo en escritura pública. Este hecho será objeto de*

nota marginal en el Registro de la Propiedad». También conviene resaltar, por su importancia y relación con el tema que estamos tratando, el número 6 del mencionado artículo, según el cual, lo establecido en el Título V de la Ley no sería de aplicación al acreedor que en ejecución forzosa de su crédito devenga propietario de un suelo contaminado, siempre que lo enajene en el plazo de un año a partir de la fecha en que accedió a la propiedad.

De esta manera, el legislador, con el título habilitante derivado del artículo 149.1.8.^a de la Constitución, ordenación de los registros públicos, según la Exposición de Motivos de la Ley, y, en consecuencia, como legislación básica, aplicable a todo el territorio nacional, previó, respecto de los suelos contaminados, un tipo de asiento, la nota marginal, a practicar en el Registro de la Propiedad, una optativa a solicitud de la correspondiente Comunidad Autónoma —la declaración de un suelo como contaminado— y otra obligatoria para los propietarios —la declaración de estos en la escritura de transmisión de que en sus fincas se ha realizado alguna actividad potencialmente contaminante de suelos—.

Llama la atención, tal como apunta SUÁREZ ARIAS, el hecho de que en la citada Ley de residuos, la constancia del carácter contaminado de un suelo es potestativa —el artículo dice: *podrá*—, mientras que en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, según se verá, es imperativa.

Cabe resaltar aquí la opinión de DE LA VARGA PASTOR, quien interpreta, con cita de ALONSO IBÁÑEZ, como obligatoria, la práctica de la nota marginal, ya que aporta, ante todo, seguridad jurídica.

Destacar también el parecer de ADÁN GARCÍA al analizar *prima facie* la citada Ley de residuos y su relación con el Registro de la Propiedad.

II. SEGUNDO PASO: EL REAL DECRETO 9/2005, DE 14 DE ENERO, POR EL QUE SE ESTABLECE LA RELACIÓN DE ACTIVIDADES POTENCIALMENTE CONTAMINANTES DEL SUELO Y LOS CRITERIOS Y ESTÁNDARES PARA LA DECLARACIÓN DE LOS SUELOS CONTAMINADOS

Siguiendo a GÓMEZ VALLE, la Directiva Comunitaria 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, en la que se garantiza que toda persona física o jurídica que tenga derecho de acceso a la información medioambiental que obre en poder de las autoridades públicas, acceda a dicha información, y la Directiva Comunitaria 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, cuyo fundamento, que se basa en el principio con arreglo al cual, «Quien contamina paga», coherente con el principio de desarrollo sostenible, consiste en la represión de aquellas

conductas o actividades que produzcan daños en el medio ambiente, han llevado a la promulgación a nivel estatal del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de los suelos contaminados (BOE núm. 15, de 18 de enero).

En este punto, SALAZAR afirma que esta nueva legislación española no procede de la recepción del Derecho de la Unión Europea, sino que se trata de legislación propia (pero coordinada con la legislación comunitaria), como en los países más avanzados de la Unión (así, los casos de Holanda, la República Federal de Alemania, los países escandinavos, el Reino Unido y Bélgica).

Según se hace constar en la Exposición de Motivos de este Real Decreto, como desarrollo a lo previsto en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, se regula el modo en que se producirá la constancia en el Registro de la Propiedad de las resoluciones administrativas sobre declaración de suelos contaminados, y de las realizadas por aquellos titulares de fincas que desarrollen sobre ellas actividades potencialmente contaminantes, dando efectividad a la previsión legal al precisar el título formal en cuya virtud la nota marginal se haya de extender, su contenido, efectos, duración y requisitos de cancelación.

El objeto del Real Decreto 9/2005 es establecer una relación de actividades susceptibles de causar contaminación en el suelo, así como adoptar criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados (art. 1), incluyendo una serie de definiciones a efectos de la aplicación del mismo (art. 2). Entre estas definiciones destaca: la definición de *Suelo*, consistente en la capa superior de la corteza terrestre, situada entre el lecho rocoso y la superficie, compuesto por partículas minerales, materia orgánica, agua, aire y organismos vivos y que constituye la interfaz entre la tierra, el aire y el agua, lo que le confiere capacidad de desempeñar tanto funciones naturales como de uso, sin que tengan tal consideración aquellos permanentemente cubiertos por una lámina de agua superficial; la definición de *Uso industrial del suelo*, como aquel que tiene como propósito principal el de servir para el desarrollo de actividades industriales, excluidas las agrarias y ganaderas; la de *Uso urbano del suelo*, como aquel que tiene como propósito principal el de servir para el desarrollo de actividades de construcción de viviendas, oficinas, equipamientos y dotaciones de servicios, y para la realización de actividades recreativas y deportivas; la de *Otros usos del suelo*, como aquellos que, no siendo ni urbano ni industrial, son aptos para el desarrollo de actividades agrícolas, forestales y ganaderas; la definición de *Actividades potencialmente contaminantes del suelo*, que son las de tipo industrial o comercial en las que, ya sea por el manejo de sustancias peligrosas ya sea por la generación de residuos, pueden contaminar el suelo; la definición de *Criterios*, que son procedimientos para la valoración de los indicios racionales que permiten presuponer o descartar la existencia de contaminación en el suelo y, en el caso de que existiesen evidencias analíticas de tal contaminación, los

niveles máximos de riesgo admisible asociado a esta; la de *Estándares*, como el conjunto de niveles genéricos de referencia de los contaminantes de relevancia para un suelo; y, principalmente, la definición de *Suelo contaminado*, el cual, ahondando en el aserto recogido en la Ley de residuos, consiste en aquel cuyas características han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes químicos de carácter peligroso de origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo inaceptable para la salud humana o el medio ambiente, y así se haya declarado mediante resolución expresa.

También determina que el órgano competente de la Comunidad Autónoma declarará un suelo como contaminado para los correspondientes usos atendiendo a los criterios expuestos en el Anexo III —criterios para la consideración de un suelo como contaminado— (art. 4). Esta declaración tendrá como base, además de otras fuentes de información (que no se especifican), los informes preliminares de situación y los de situación misma que deben facilitar los titulares de las actividades potencialmente contaminantes del suelo (Anexo I), así como los propietarios de los suelos en los que se haya desarrollado en el pasado alguna actividad de éstas (art. 3).

Cabe reseñar, asimismo, el artículo 7 del referido Real Decreto 9/2005, relativo a la *Descontaminación de suelos*, en cuyo número 1 se señala que la declaración de suelo como contaminado obligará a la realización de las actuaciones necesarias para proceder a su recuperación ambiental en los términos y plazos dictados por el órgano competente. Además, en el número 5 de dicho precepto se indica que los suelos contaminados perderán esta condición cuando se realicen en ellos actuaciones de descontaminación que, en función de los diferentes usos, garanticen que aquellos han dejado de suponer un riesgo inadmisibles para el objeto de protección designado, salud humana o ecosistemas; añade este número que en todo caso, un suelo dejará de tener la condición de contaminado para un determinado uso una vez exista y sea firme la resolución administrativa que así lo declare, previa comprobación de la efectividad de las actuaciones de recuperación practicadas.

El Real Decreto 9/2005 dedica a la publicidad registral de los suelos contaminados su artículo 8, que constituye legislación sobre ordenación de los registros públicos, conforme a lo dispuesto en el ya citado artículo 149.1.8.^a de la Constitución (Disposición Final primera del Real Decreto, Títulos competenciales), y, por tanto, aplicable también a todo el territorio nacional. En el mentado artículo 8 pueden distinguirse tres momentos distintos, a saber, los constituidos por sus respectivos números 1, 2 y 3, en cuyo estudio vamos a entrar.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8 DEL REAL DECRETO 9/2005, DE 14 DE ENERO

A) *La declaración por el propietario de la finca: El número 1 del artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero*

El número 1 de dicho artículo es del tenor literal siguiente:

«1. Los propietarios de fincas en las que se haya realizado alguna de las actividades potencialmente contaminantes estarán obligados a declarar tal circunstancia en las escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos sobre aquellas. La existencia de tal declaración se hará constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción a que tal transmisión dé lugar».

Aquí se regula la declaración obligatoria para el propietario de la finca en la que se haya realizado alguna actividad potencialmente contaminante (las descritas en el Anexo I), a realizar en la escritura pública que documente la transmisión de derechos, de constatar tal extremo en la misma.

a) El concepto de propietario de la finca

Debemos entender por propietario de la finca, lógicamente, al titular del dominio de la misma, pero también cabría considerar como tal al titular de la nuda propiedad. Más difícil sería comprender aquí al titular de algún derecho real ajeno, como el usufructuario, superficiario, etc.

De esta declaración obligatoria estaría excluido el acreedor que en ejecución forzosa de su crédito devenga propietario de un suelo contaminado, siempre que lo enajene en el plazo de un año a partir de la fecha en que accedió a la propiedad, según la excepción establecida por el artículo 27.6 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos.

b) Momento de realización de la actividad potencialmente contaminante

El precepto dice, además, *«...en la que se haya realizado...»*; sin embargo, podríamos afirmar que también se debe realizar la declaración, no sólo cuando la actividad se haya perpetrado en el pasado, sino, asimismo, cuando se esté efectuando en el momento de la propia transmisión.

c) El concepto de «transmisión de derechos»

También habla el precepto de «...la transmisión de derechos...». Aquí cabe aseverar que, además del dominio, la transmisión podría ser de otro tipo de derechos menos plenos, como la nuda propiedad, el usufructo, etc.

d) Título en el que debe efectuarse la declaración

a') Título notarial, judicial o administrativo

Cabe plantearse, al igual que SUÁREZ ARIAS, si la citada declaración debe formularse por el propietario tan solo en las escrituras públicas, tal como afirma el precepto, o también en los títulos judiciales o administrativos que formalicen una transmisión de derechos. Pensemos, por ejemplo, en un convenio regulador de una separación o un divorcio, una división judicial de patrimonios, una extinción de condominio homologada judicialmente.

Otra cuestión que surge al respecto es si de este elenco de títulos habría que exceptuar al constituido por los decretos de adjudicación en ejecuciones hipotecarias u ordinarias, dictados en los juzgados, así como, en sede administrativa, a los certificados de adjudicación de fincas que se expiden en los procedimientos de apremio llevados a cabo ante la Agencia Tributaria u otros entes gestores de impuestos (por ejemplo, SUMA) y la Tesorería General de la Seguridad Social, es decir, títulos de enajenación forzosa, donde conseguir que el deudor y transmitente de la finca realice la declaración parece harto difícil. Piénsese al respecto que las preceptivas declaraciones sobre el estado arrendaticio de las fincas en estos procedimientos de venta forzosa, por mor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y en el artículo 22 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, según la redacción dada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por la que se modifica aquella, viene compelido a realizarlas el correspondiente adjudicatario de la finca, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 19 y 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, 22 de marzo de 1999 y 6 de febrero del 2001).

Sin embargo, dado el tenor de la norma parece que en los títulos formales que no fueran escrituras públicas, es decir, las otorgadas ante notario, el propietario de la finca estaría excluido de la obligación de formular la declaración.

A este respecto, PÉREZ GARCÍA hace alusión a esta diferencia de régimen jurídico entre las escrituras públicas y los documentos públicos administrativos o judiciales, criticando dicha diferencia, pues a través de esta vía podría llegar a burlarse la finalidad de la norma.

b') Títulos traslativos o declarativos

También sería oportuno preguntarse si dentro de las «...*escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos...*» estarían incluidas solamente las que instrumenten títulos materiales traslativos, como las compraventas, o bien estarían encuadradas asimismo las que formalicen títulos meramente declarativos, tales como, según algún sector doctrinal, las extinciones de condominio. Parece que, dada la naturaleza de estos últimos títulos, los mismos quedarían exceptuados.

c') Transmisiones a título gratuito

Además, ¿estarían también excluidas las transmisiones a título gratuito, como las donaciones sin cargas? SUÁREZ ARIAS dice que con la declaración se persigue una doble finalidad: 1.º Poner en valor la finca, evitando la existencia de vicios ocultos; y 2.º Impedir la aparición de terceros hipotecarios de buena fe que, desconociendo la situación de la finca, no puedan luego ser responsabilizados de su descontaminación. En el mismo sentido PÉREZ GARCÍA. Sin embargo, el donatario no sería en ningún caso un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dado que no adquiere a título oneroso; según este precepto: no gozará de más protección registral que la que tuviere su transferente. Por ello surge la duda de si en esta clase de títulos la declaración sería obligatoria.

d') El problema de los títulos hereditarios

Y ¿qué ocurre, por ejemplo, en los títulos hereditarios, donde el propietario de las fincas ha fallecido? ¿deberían ser los herederos quienes formularan la declaración cuando lo normal es que ellos mismos sean los adjudicatarios de las fincas del causante? La norma no parece estar pensando en tales supuestos, por lo que interpretando la misma teleológicamente deberíamos exceptuarlos. ADÁN GARCÍA considera que quedan excluidas las transmisiones a título de herencia, ya que la declaración habría de hacerse por los mismos que adquieren. Pero no siempre ocurrirá así: Pensemos en la existencia de legatarios a los que se debe entregar la finca; o la manifestación de herencia y, sucesivamente, en el mismo título, venta de la finca por los herederos a un tercero, sin previa adjudicación. En estos casos parece más clara la aplicación del precepto.

e) La calificación por el registrador de la declaración

Según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

En palabras de MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ, la calificación registral, en cuanto supone una actividad del registrador depuradora de la titulación presentada a registro, es el instrumento para hacer efectivo el principio constitucional de legalidad proclamado por el artículo 9.1 y 3 de la Constitución Española. Dichos autores señalan como caracteres de la calificación registral los siguientes:

- 1.º Es una actividad jurisdiccional de control de la legalidad.
- 2.º Es competencia exclusiva del registrador.
- 3.º Es una función obligatoria.
- 4.º Es una función independiente y libre.
- 5.º Está vinculada a la Jurisprudencia hipotecaria.
- 6.º Es una función responsable.
- 7.º Y es una función revisable.

En el Seminario de Derecho Registral de Bilbao se planteaba si la declaración en escritura pública de que se ha realizado una actividad «potencialmente contaminante» tiene que referirse a ello de modo expreso con esas palabras, o puede referirse a la actividad en concreto y debe ser el registrador quien compruebe si la actividad está considerada o no como contaminante. Pone el Seminario el ejemplo de la «Fabricación de Muebles», que es una actividad potencialmente contaminante del suelo, según el Anexo I del Real Decreto. En este caso cabe preguntarse, según el Seminario, si basta que el vendedor señale en la escritura que en ese suelo se han realizado actividades de fabricación de muebles para que el registrador deba extender la nota marginal, o, por el contrario, debe ese vendedor hacer expresa mención de que se ha realizado una «actividad potencialmente contaminante». El Seminario entiende que esto último parece lo más lógico, puesto que el registrador no conoce en detalle el amplísimo listado de actividades que pueden considerarse como potencialmente contaminantes. En cualquier caso, añade el Seminario, no debe dejar de recordarse que es preciso en toda transmisión de suelo comprobar si se contiene en la escritura la declaración, a los efectos de practicar la correspondiente nota marginal.

Por su lado, GÓMEZ VALLE expone la cuestión de la interpretación que pueda o no hacer el registrador de la lista de actividades potencialmente contaminantes que figura en el Anexo I, preguntándose si se trata de una lista abierta o de

numerus clausus. Dicha autora afirma que la lista es cerrada y que el registrador se tiene que limitar a la enumeración detallada que parece bastante exhaustiva.

Para DE LA VARGA PASTOR es difícil controlar el cumplimiento de la obligación de la declaración, lo cual se compatibiliza poco con el primero de los caracteres antes apuntados de la función calificadora por parte del Registrador de la Propiedad.

f) Sanciones aplicables ante la omisión voluntaria de la declaración

La norma no establece la sanción aplicable a quien no realice la declaración, pese a estar obligado a ello, o la efectúe falsamente. Simplemente, el artículo 9 del Real Decreto se remite en cuanto a infracciones al régimen sancionador regulado en la Ley de residuos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden a que hubiera lugar.

No obstante, podríamos afirmar con GÓMEZ VALLE y PÉREZ GARCÍA que no llevar a cabo la declaración o realizarla maliciosamente supondría una infracción grave del artículo 34.3.c) de la Ley de residuos de 1998, lo cual determinaría una sanción pecuniaria —multa desde 601,02 hasta 30.050,61 euros, excepto en los residuos peligrosos, que será desde 6.010,13 hasta 300.506,05 euros—, así como la inhabilitación para el ejercicio de cualquiera de las actividades previstas en la Ley de residuos por un periodo de tiempo de hasta un año (art. 35 de la Ley). En el mismo sentido GÓMEZ VALLE y PÉREZ GARCÍA.

No obstante, para SUÁREZ ARIAS la aplicación al incumplimiento de la obligación de una hipotética sanción, salvo la del artículo 34.4.d) —sanción por infracción leve— hace que dicha obligación haya sido configurada por el legislador como imperfecta.

En otro orden de cosas se encontraría el régimen de la responsabilidad por vicios ocultos en la compraventa que establece el Código Civil para el caso de terceros adquirentes de buena fe de terrenos contaminados a que se refiere ALONSO IBÁÑEZ.

g) La nota marginal

Según el precepto, de la repetida declaración se tomará razón en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la inscripción de la transmisión.

Esta variedad de asiento elegida tanto por la Ley como por el Real Decreto, la nota marginal, en palabras de MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ, es un asiento accesorio, generalmente simple, breve y tasado por la Ley, que se extiende al margen del asiento principal de los Libros de Inscripciones, del Libro de Incapacitados o de los asientos de presentación del Libro Diario de

Operaciones y que tiene como finalidad completar o complementar aquellos asientos, bien coordinando las operaciones registrales de los mismos con otros asientos del mismo folio o de folios distintos, bien constatando circunstancias, actos o negocios de alcance jurídico-material, afectantes al asiento principal respectivo. Dichos autores distinguen dos clases de notas marginales, las de carácter formal o procedimental, cuya finalidad es coordinar las operaciones registrales practicadas (v.gr., la nota de segregación de parte de una finca y el folio donde se ha inscrito la porción segregada), y las de carácter material o sustantivo, que tienen en sí mismas sustancia jurídica y de ellas derivan efectos jurídico-registrales que afectan o modifican a la situación inscrita (v.gr., las de cambio de domicilio del acreedor hipotecario).

FERNÁNDEZ MAESTU entiende que estamos hablando de una carga, aunque el Real Decreto guarde silencio al respecto, por lo que debe constar, mientras no caduque, en la publicidad formal que de dicha finca se expida.

Sin embargo, la nota marginal a que se refiere el Real Decreto 9/2005, pese a la obligación de que figure en la publicidad formal de la finca a la que afecte y a que puede suponer una importante limitación para la transmisibilidad de la finca o la constitución de derechos sobre la misma, no es estrictamente una carga, sino una nota de las de mera «publicidad noticia», es decir, las que tienen por objeto dar el máximo conocimiento de determinadas situaciones que afectan a fincas concretas, como las que contemplan los artículos 74 a 77 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (nota marginal de condiciones impuestas sobre determinadas fincas, nota marginal de la declaración de ilegalidad de la licencia de edificación, nota marginal acreditativa de la concesión de licencia para obras y usos provisionales y nota marginal acreditativa de la adquisición del aprovechamiento urbanístico). Así lo entienden el Seminario de Derecho Registral de Bilbao y el Seminario Carlos Hernández Crespo. Estas notas de mera «publicidad noticia» producen efectos, no propiamente jurídicos, sino de notificación a titulares que inscriben sus derechos con posterioridad a la fecha de la nota, pues advierten a quien acude a la publicidad formal del Registro, de la existencia de una situación especial. En el supuesto que analizamos producen el efecto de dar a conocer *erga omnes* la condición de suelo contaminado que tiene una finca registral, según se verá al estudiar la parte final del número 2 del precepto.

No se fija plazo de duración de esta nota, por lo que parece que tiene un carácter definitivo. En este sentido, FERNÁNDEZ MAESTU y GÓMEZ VALLE. Para esta última autora, ello merece una crítica favorable, pues informará con carácter permanente, advirtiendo que sobre esa finca se ha realizado una actividad potencialmente contaminante, y resulta ventajoso sobre todo si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones las consecuencias y perjuicios de una actividad

potencialmente contaminante se perpetúan en el tiempo, e incluso en muchos casos pueden exteriorizarse cuando ya hace tiempo que dejó de ejercerse esa actividad.

h) Actuaciones registrales posteriores a la nota marginal

GÓMEZ VALLE afirma que sería conveniente que el registrador, una vez practicada la nota al margen de la inscripción, motivada por la declaración del propietario advirtiéndole que se ha realizado una actividad potencialmente contaminante sobre el suelo, lo pusiera en conocimiento del órgano competente de la Comunidad Autónoma, de modo que ésta reciba información de un mismo suelo por dos vías, el registrador y, presumiblemente, el titular de la actividad, el cual, según la obligación impuesta por el artículo 3 del Real Decreto, tendrá que remitir a dicho órgano, en un plazo no superior a dos años, un informe preliminar de situación de cada uno de estos suelos en que se desarrolla su actividad, de manera que la autoridad ambiental tenga un conocimiento previo sobre la situación del suelo antes de iniciar el procedimiento a que se refiere el número 2 del precepto.

*B) La certificación registral de dominio y cargas de la finca y su nota marginal:
El número 2 del artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero*

Dicho número tiene el siguiente contenido:

«2. A requerimiento de la Comunidad Autónoma correspondiente, el Registrador de la Propiedad expedirá certificación de dominio y cargas de la finca o fincas registrales dentro de las cuales se halle el suelo que se vaya a declarar como contaminado. El registrador hará constar la expedición de dicha certificación por nota extendida al margen de la última inscripción de dominio, expresando la iniciación del procedimiento y el hecho de haber sido expedida la certificación.

Dicha nota tendrá un plazo de caducidad de cinco años y podrá ser cancelada a instancia de la Administración que haya ordenado su extensión.

Cuando con posterioridad a la nota se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente su contenido».

En este número se presta atención a la posibilidad de la Administración de iniciar un procedimiento dirigido a declarar un suelo como contaminado, en concordancia con lo dispuesto en el número 3 del artículo 27 de la Ley de residuos.

a) Administración competente

El precepto habla de la *Comunidad Autónoma correspondiente*, con lo cual nos encontramos ante una competencia autonómica de acuerdo con el título habilitador del artículo 148.1.9.^a de la Constitución Española, que atribuye la gestión en materia de protección del medio ambiente a las Comunidades Autónomas.

En el ámbito de la Comunidad Valenciana, el artículo 50.6 del Estatuto de Autonomía de la Generalitat Valenciana establece que en el marco de la legislación básica del Estado, y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de la Generalitat para establecer normas adicionales de protección. Así, el requerimiento a efectuar al Registrador de la Propiedad lo realizará la Conselleria d'Infraestructures, Territori i Medi Ambient a través de sus órganos correspondientes.

b) El requerimiento

Conviene apuntar aquí la conveniencia de que en el requerimiento a efectuar al Registrador de la Propiedad para que éste expida la certificación de dominio y cargas de la finca o fincas registrales dentro de las cuales se halle el suelo que se vaya a declarar como contaminado, requerimiento que deberá practicarse mediante el correspondiente oficio o mandamiento de la Administración actuante al comienzo del expediente, se consignen todas las circunstancias relativas a la finca y su titular que permitan a aquel identificar ésta, especialmente sus datos registrales (piénsese que el artículo habla de *finca o fincas registrales*). Ello nos lleva a una previa labor de investigación por parte del órgano administrativo, pudiendo éste conseguir los referidos extremos mediante la obtención de la correspondiente nota simple informativa del Registro, ya que sin contar con los mismos, difícilmente el registrador podrá cumplir con su labor, viéndose obligado en caso contrario a suspender la expedición de la certificación, así como la práctica de la nota marginal (art. 341 del RH).

En el Cuaderno número 28 del «Seminario *Carlos Hernández Crespo*», de octubre-diciembre de 2010, se consulta si se tienen que liquidar del impuesto los mandamientos de expedición de certificación y nota marginal de iniciación de un procedimiento de declaración de suelos contaminados, entendiendo, por un lado, como argumento a favor de la liquidación que esas notas marginales sustituyen a una anotación preventiva, y en contra, sin embargo, que se trata de un hecho no sujeto, por lo que no es necesario liquidarlo.

c) La certificación de dominio y cargas

Una vez recibido el requerimiento de la Administración por parte del registrador, éste lo asentará en el Libro Diario, conforme dispone el párrafo tercero del artículo 416 del Reglamento Hipotecario, y en el más breve término posible, sin que éste pueda exceder nunca del correspondiente a cuatro días por cada finca (art. 236 de la LH), expedirá la certificación de dominio y cargas de la finca o fincas registrales dentro de las cuales se halle el suelo que se vaya a declarar como contaminado. El registrador deberá certificar el correspondiente asiento de dominio y las cargas vigentes de la finca. Ello servirá para que el expediente administrativo sea notificado a todos los titulares de derechos sobre la finca, para que pueda así afectarles la resolución que recaiga.

Según MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ, con cita de ROCA SASTRE, las certificaciones registrales son los traslados, copias o transcripciones literales o en relación del contenido del Registro. Para MONREAL VIDAL la certificación es un documento público expedido por el registrador que hace fe respecto al contenido de los asientos del Registro, siendo el único modo de acreditar, en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de una finca.

d) La nota marginal

Según el precepto, de la expedición de la certificación de dominio y cargas de la finca se dejará constancia por medio de nota extendida al margen de la última inscripción de dominio, expresando la iniciación del procedimiento y el hecho de haber sido expedida la certificación.

Por tanto, en la nota marginal a practicar se debe identificar el procedimiento por el que se vaya a declarar como contaminado el suelo de que se trate por los datos que resulten del oficio o mandamiento administrativo presentado.

Dicha nota tiene un plazo de caducidad de cinco años, tiempo más que prudencial para que la Administración resuelva el expediente declarando el suelo contaminado o no habiendo lugar a ello. Para este último caso, el precepto establece que la nota marginal podrá ser cancelada a instancia de la Administración que haya ordenado su extensión. No compartimos aquí la opinión de GÓMEZ VALLE, quien considera que el titular tendrá que solicitar a la Administración que inste la cancelación de la nota por caducidad. Se considera, en cambio, que si la cancelación se pretende antes de que transcurra el referido plazo de cinco años, es la Administración quien está legitimada para la citada cancelación, pero una vez concluya éste, la nota podrá ser cancelada por caducidad a instancia de cualquier titular de un derecho sobre la finca o, según opina también la citada autora, de oficio por el registrador, cuando se expida certificación de cargas o se practique algún asiento sobre la finca. Véase, en este sentido, lo establecido en el párrafo

quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria o en el artículo 353.3 de su Reglamento. Sí se comparte el sentir de dicha autora al entender que la cancelación se efectuará por otra nota marginal, extendida lo más cerca posible de la cancelada.

No se prevé la posibilidad de prórroga de la nota, a diferencia de lo establecido para la nota marginal de iniciación de un procedimiento de equidistribución en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, con la que guarda cierto paralelismo. Por tanto, si el expediente se prolongara más allá en el tiempo, sería preciso expedir una nueva certificación y notificar el expediente a los nuevos titulares (SUÁREZ ARIAS). Tal como dice LASO MARTÍNEZ, la caducidad de la nota no equivale materialmente a que no exista causa de contaminación, por lo que no debe excluirse que transcurrido el plazo pueda iniciarse un nuevo procedimiento por la Administración ante el interés público que representa su aclaración.

Finalmente, el número que analizamos dispone que *«Cuando con posterioridad a la nota se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente su contenido»*. Esta disposición tiene correspondencia con lo establecido en el párrafo tercero, *in fine*, del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, según el cual, si del Registro consta la expedición de la certificación de cargas prevista en el artículo 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hoy artículo 656 de ésta (Ley 1/2000, de 7 de enero), en la nota de despacho se hará relación circunstanciada del procedimiento o procedimientos para los que se expidió la certificación. También con el citado artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en cuyo número 3 se establece: *«Cuando con posterioridad a la nota se practique cualquier asiento en el folio registral, se hará constar en la nota de despacho del título correspondiente el contenido de la misma»*. De hecho, el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, utiliza prácticamente las mismas palabras que el anterior citado. Aunque el artículo 8.2, objeto de análisis, guarde silencio al respecto, la finalidad de la constancia en la nota de despacho del título del contenido de la nota marginal practicada tiene como finalidad advertir y servir de notificación del procedimiento, según se verá, a los titulares posteriores de derechos inscritos sobre la finca que, por lógica, no se hallaban circunstanciados en la certificación de dominio y cargas, de modo que el procedimiento y la resolución administrativa que, en definitiva, pueda adoptarse, declarando el suelo contaminado, logre afectarles, sin que puedan alegar indefensión. Para FERNÁNDEZ MAESTU se enerva así el juego de la buena fe y, según GÓMEZ VALLE, con ello se consigue dotar de la máxima publicidad al contenido de la nota, según hemos visto al estudiar el número 1 precedente del artículo.

Según SUÁREZ ARIAS, la nota marginal tiene los efectos previstos para todo procedimiento administrativo: determinar los sujetos con quienes deberá seguirse

el expediente y servir de notificación genérica a todas las personas que, en el futuro, tengan algún interés en la finca afectada. Así, la Administración sólo tiene que entender el expediente con los titulares que aparezcan en la certificación, sin tener que volver a consultar el Registro.

- C) *La declaración de suelo contaminado y su nota marginal; cancelación de ésta: El número 3 del artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero*

Este número reza así:

«3. La resolución administrativa por la que se declare el suelo contaminado se hará constar en el folio de la finca o fincas registrales a que afecte, por medio de nota extendida al margen de la última inscripción de dominio.

La nota marginal se extenderá en virtud de certificación administrativa en la que se haga inserción literal de la resolución por la que se declare el suelo contaminado, con expresión de su firmeza en vía administrativa, y de la que resulte que el expediente ha sido notificado a todos los titulares registrales que aparecieran en la certificación a la que se refiere el apartado anterior.

Dicha certificación habrá de ser presentada en el Registro de la Propiedad por duplicado, y en ella se harán constar, además de las circunstancias previstas por la legislación aplicable, las previstas por la legislación hipotecaria en relación con las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo.

La nota marginal de declaración de suelo contaminado se cancelará en virtud de una certificación expedida por la Administración competente, en la que se incorpore la resolución administrativa de desclasificación».

En este número se regula la finalización del expediente administrativo iniciado mediante el requerimiento dirigido al registrador a que se refiere el número anterior. Y dicho procedimiento culmina con la resolución administrativa dictada por el órgano respectivo de la comunidad autónoma por la que se declare el suelo en cuestión como contaminado o no haber lugar a ello, aunque el precepto sólo hace referencia a la declaración positiva. En este caso, de la citada resolución se tomará razón en el Registro al margen de la última inscripción de dominio de la finca de que se trate mediante la correspondiente nota.

- a) Título formal para la práctica de la nota marginal

El título adecuado para ello, según el repetido Real Decreto será la certificación administrativa comprensiva de la resolución por la que se declare el suelo como contaminado, expedida por el titular del órgano de que se trate.

b) Contenido de la certificación

La certificación deberá insertar literalmente la resolución y en ella deberá constar la firmeza de ésta en vía administrativa (así, podría ser objeto de recurso jurisdiccional) y el hecho de haberse notificado la misma a todos los titulares de derechos que aparezcan en la certificación de dominio y cargas (los titulares de asientos posteriores a la nota de expedición de la certificación vendrán notificados tras inscribir sus respectivos títulos por la advertencia hecha constar en la nota de despacho de los mismos). GÓMEZ VALLE pone el ejemplo de una finca que estuviera hipotecada, en cuyo caso habría que notificar la resolución a la entidad financiera como titular de un gravamen que figura en la certificación registral de dominio y cargas y que es directamente afectado, pues el valor de la finca hipotecada —garantía real— puede verse mermado como consecuencia de la declaración de suelo contaminado.

Además, la certificación debe expresar las circunstancias previstas por la legislación hipotecaria respecto a las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo.

Así, deberá describir la finca o fincas con arreglo a lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, es decir, indicando su naturaleza, situación, medida superficial, linderos, denominación y número, en su caso (véase, a este respecto, lo exigido en el núm. 1.º del art. 303 del RH para los supuestos de inmatriculación de finca no inscrita mediante certificación administrativa de dominio).

Por otro lado, se tendrá que identificar a las personas que ostenten algún derecho real sobre la finca, expresando cual es éste, y, respecto al concreto titular del mismo, indicando su mayoría de edad, estado civil, cónyuge, en su caso, domicilio y documento nacional de identidad o número de identificación de extranjero.

c) Presentación de la certificación

La certificación se presenta en el Registro de la Propiedad por duplicado, asentándola en el Libro Diario de Operaciones, y, aunque el precepto no lo diga, su finalidad es devolver uno de los ejemplares con la nota de despacho correspondiente y archivar el otro en el Registro con la misma nota (advuértase lo establecido en el art. 307 del RH en relación con la certificación de dominio).

d) La nota marginal de declaración de suelo contaminado

La nota marginal a que se refiere este número se distingue de la anterior por varias razones. Mientras que la recogida en el número 2 del precepto hace refe-

rencia a la iniciación del procedimiento, la de este número recoge la finalización del mismo y en ella se indicará que en el expediente ha recaído una resolución administrativa por la que el suelo en el que se asienta la finca registral de que se trata ha sido declarado contaminado. Además, mientras aquella tiene un plazo de duración limitado, esta, al igual que la del número 1, tiene una duración indefinida. En definitiva, con esta nota se consigue dotar de publicidad registral a una de las posibles limitaciones medioambientales que afectan a las fincas a que nos referíamos en la Introducción. Compartimos aquí el sentir de ADÁN GARCÍA, para quien la constancia de la nota marginal declarando el carácter contaminado o potencialmente contaminado del suelo es de gran importancia frente a terceros, ya que si los obligados a su limpieza y recuperación no lo hacen, podrá procederse a la ejecución subsidiaria por cuenta del infractor y a su costa, según el artículo 36, *in fine*, de la Ley de residuos, y señala el artículo 27.5 de la misma, que afirma que la transmisión del título del que trae causa la posesión o el mero abandono de la posesión, no eximen de las obligaciones previstas en este título. SUÁREZ ARIAS asevera que la Ley de residuos hace responsable de la descontaminación al causante de la contaminación, pero también y subsidiariamente a los poseedores y propietarios del suelo.

e) Cancelación de la nota marginal

El último párrafo del repetido número 3 se destina a la regulación de la cancelación de la nota marginal, estableciendo que: «*La nota marginal de declaración de suelo contaminado se cancelará en virtud de una certificación expedida por la Administración competente, en la que se incorpore la resolución administrativa de desclasificación*». También se debe tener en cuenta que además de la declaración administrativa de que el suelo ha sido descontaminado, cabe un pronunciamiento judicial al efecto, el cual provocaría asimismo la cancelación de la citada nota marginal.

Ni que decir tiene que, aunque se guarde silencio al respecto, dicha certificación también debe presentarse por duplicado en el Registro de la Propiedad (con la misma finalidad, es decir, devolver uno de los ejemplares con la nota de despacho correspondiente y archivar el otro en el Registro con la misma nota), debiendo asentarse, al igual que la anterior, en el Libro Diario. Debe expedirse (y resolverse) por la misma Administración o por su correspondiente superior jerárquico y en ella, a los efectos de su debida calificación e inscripción, deberá insertarse literalmente la resolución administrativa de desclasificación.

Pese al mutismo del párrafo que analizamos, también deberá constar la firmeza en vía administrativa de la resolución, dado su carácter cancelatorio, siendo aquí un tanto indiferente la notificación a los interesados, dado que, en principio, les beneficia la cancelación. Y también deberán consignarse, con las

mismas perspectivas de su acceso al Registro, las circunstancias previstas en la legislación hipotecaria en relación con las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo.

Para SUÁREZ ARIAS en la resolución que determine la cesación de efectos de la declaración de suelo contaminado deberá establecerse si esta declaración es para cualquier uso o para usos determinados; y GÓMEZ VALLE asevera que dicha resolución se dictará cuando la Administración haya comprobado que, efectivamente, el titular registral ha cumplido con todas las medidas que se decretaron tendentes a la restauración del suelo a su estado primitivo, y que realmente se ha logrado la finalidad perseguida. Así, se practicaría una nueva nota marginal, distinta de las anteriores, la de desclasificación del suelo contaminado.

D) *Resumen*

En definitiva, en el mentado artículo 8, *Publicidad registral*, pueden distinguirse tres momentos distintos. A saber:

- a) En primer lugar, la declaración obligatoria por parte del propietario de la finca en la que se haya realizado alguna actividad potencialmente contaminante (las descritas en el Anexo I) a realizar en la escritura pública que documente la transmisión de derechos (no solo el dominio) sobre aquéllas. De dicha declaración se tomará razón en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la inscripción de transmisión. No se fija plazo de duración de esta nota.
- b) En segundo lugar, el procedimiento iniciado por la Comunidad Autónoma correspondiente para declarar un suelo contaminado. En este caso se recoge el requerimiento de la administración autonómica para que el registrador de la propiedad expida certificación de dominio y cargas de la finca registral en la que se halla dicho suelo contaminado, de lo que se dejará constancia por nota al margen de la inscripción de dominio. En este caso sí se fija un plazo de caducidad de la nota, así como la legitimación para su cancelación (a instancia de la Administración que haya ordenado su extensión).
- c) Y en tercer lugar, la culminación del procedimiento por el que se declare el suelo contaminado, practicándose nota al margen de la última inscripción de dominio en la que se deje constancia de la resolución administrativa que declare tal extremo. Dicha nota se extenderá en virtud de certificación administrativa comprensiva de tal resolución, firme en vía administrativa, y de la que resulte que el expediente ha sido notificado a todos los titulares registrales de derechos que figuren en la certificación de dominio y cargas anteriormente expedida por el registrador.

La citada certificación administrativa deberá presentarse por duplicado y en ella deberán identificarse conforme a la legislación hipotecaria las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo. A continuación establece el precepto el modo de su cancelación: mediante certificación de la Administración competente en la que se incorpore la resolución administrativa de desclasificación del suelo contaminado.

Tanto con la promulgación de la Ley de residuos como con la aprobación del Real Decreto, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de los suelos contaminados, según SUÁREZ ARIAS, el legislador ha querido que la situación de suelo contaminado sea publicada en el Registro de la Propiedad, y con ello responsabiliza de la descontaminación no solo al titular de la actividad causante de la contaminación, sino también al dueño del suelo y a los sucesivos titulares del mismo, quienes no podrán alegar desconocimiento de la situación.

Destacar que en la Resolución de 20 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan Nacional Integrado de Residuos para el período 2008-2015 (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero), se hace alusión al hecho de que, como consecuencia de presentar el Informe Preliminar de Situación (IPS) del suelo, que debían cumplimentar todas las empresas que desarrollan actividades potencialmente contaminantes y cuya presentación concluía el día 8 de febrero de 2007, se ha constatado el hecho de que empresas que se pueden considerar potenciales causantes de contaminación del suelo han procedido de forma espontánea a recuperar los suelos con el fin de que no aparezca reflejada la contaminación en el Registro de la Propiedad, si en un futuro próximo se quiere enajenar el terreno. En dicha Resolución también se plantea como medida a adoptar la creación de un sistema de transmisión de datos entre los inventarios de las comunidades autónomas y el Inventario Nacional de Suelos Contaminados y entre estos y los Registros de la Propiedad.

III. EL TERCER LANCE: LA LEY 22/2011, DE 28 DE JULIO, DE RESIDUOS Y SUELOS CONTAMINADOS

En el *BOE* número 181, de 29 de julio, se publica la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, cuyo objeto es regular la gestión de los residuos impulsando medidas que prevengan su generación y mitiguen los impactos adversos sobre la salud humana y el medio ambiente asociados a su generación y gestión, mejorando la eficiencia en el uso de los recursos. Tiene asimismo como objeto regular el régimen jurídico de los suelos contaminados. La Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*.

La Ley dedica su título V a la regulación de los suelos contaminados (arts. 33 a 38), concepto utilizado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 10/1998, de 21 de abril, que ahora se deroga, según la Disposición Derogatoria única de aquella.

De entre estos artículos, en el ámbito de las funciones registrales, que ya se recogían en el artículo 27 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, destacan dos artículos, el 33, especialmente el párrafo segundo de su número 2, y el 34, primordialmente su número 3, dictados al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución. Por su interés los reproducimos a continuación:

«Artículo 33. Actividades potencialmente contaminantes.

1. *El Gobierno aprobará y publicará una lista de actividades potencialmente contaminantes de suelos.*
2. *Los titulares de estas actividades deberán remitir periódicamente a la Comunidad Autónoma correspondiente los informes en los que figure la información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados.*

Los propietarios de las fincas en las que se haya realizado alguna de las actividades potencialmente contaminantes estarán obligados, con motivo de su transmisión, a declararlo en escritura pública. Este hecho será objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad».

«Artículo 34. Declaración de suelos contaminados.

1. *Las Comunidades Autónomas declararán y delimitarán los suelos contaminados, debido a la presencia de componentes de carácter peligroso procedentes de las actividades humanas, evaluando los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que, establecidos en función de la naturaleza de los suelos y de sus usos, se determinen por el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas.*
2. *La declaración de suelo contaminado incluirá, al menos, la información contenida en el apartado 1 del anexo XI.*
3. *La declaración de un suelo como contaminado obligará a realizar las actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación, en la forma y plazos en que determinen las respectivas Comunidades Autónomas y será objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad, a iniciativa de la respectiva Comunidad Autónoma en los términos que reglamentariamente determine el Gobierno. Esta nota marginal se cancelará cuando la Comunidad Autónoma correspondiente declare que el suelo ha dejado de tener tal consideración.*

4. *La declaración de un suelo como contaminado puede comportar la suspensión de la ejecutividad de los derechos de edificación y otros aprovechamientos del suelo en el caso de resultar incompatibles con las medidas de limpieza y recuperación del terreno que se establezcan, hasta que éstas se lleven a cabo o se declare el suelo como no contaminado».*

Cabe destacar, como novedad de la Ley, el hecho de que la declaración de un suelo como contaminado pueda comportar la suspensión de la ejecutividad de los derechos de edificación y otros aprovechamientos del suelo (v.gr., explotaciones agrícolas o ganaderas en el caso de suelos rústicos o los propios derechos de edificación citados en la norma o el aprovechamiento urbanístico en el supuesto de suelos urbanos) en el caso de resultar incompatibles (término este muy impreciso que habrá que determinar) con las medidas de limpieza y recuperación del terreno que se establezcan (se supone que mediante la correspondiente resolución administrativa que declare el suelo como contaminado), mientras tanto dichas tareas no se realicen o se declare el suelo como no contaminado.

Por otra parte, como vemos, el artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, que no se deroga expresamente, tiene un contenido más amplio, por lo que servirá de complemento a la nueva regulación, ya que no la contradice. De todos modos, en la Disposición Final tercera de la Ley se faculta al Gobierno de la nación para dictar, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de la misma, por lo que habrá que esperar para ver si en el futuro se dictan normas que mejoren la ya analizada.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M. E.: «La Ley de Residuos en el Registro de la Propiedad», en *Lunes 4-30*, núm. 234, 1998.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R.: *Suelos contaminados, prevención y recuperación ambiental*, Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ MAESTU, J. L.: «Notas sobre el artículo 8 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados», en *Lunes 4-30*, núm. 388, 2005.
- GÓMEZ VALLE, B.: «Urbanismo y medio ambiente», en *Lunes 4-30*, núm. 417, 2006.
- «Publicidad registral de los suelos contaminados», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.

- LASO MARTÍNEZ, J. L.: «Consecuencias registrales de las medidas medioambientales en materia de suelos potencialmente contaminados y sus implicaciones en los procesos urbanísticos de equidistribución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703, 2007.
- MANZANO SOLANO, A., y MANZANO FERNÁNDEZ, M. M.: *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- MARTÍN MATEO, R.: *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. II, Trivium, Madrid, 1992.
- MONREAL VIDAL, L. F.: *Práctica Registral*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «El Registro de la Propiedad y el Medio Ambiente», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 718, 2010.
- SALAZAR, J. L.: «Los Registros de la Propiedad y la aplicación del Real Decreto 9/2005, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados», en *Lunes* 4-30, núm. 435, 2007.
- SUÁREZ ARIAS, L. A.: «Transmisión y registro de suelos contaminados», en *Jornadas de Información Ambiental*, Colegio de Registradores y Colegio de Economistas, 2005.
- DE LA VARGA PASTOR, A.: *El régimen jurídico de los suelos contaminados desde la perspectiva europea y su regulación en Alemania*, Tesis Doctoral, 2009.

RESUMEN

SUELOS CONTAMINADOS REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El objeto del presente trabajo de investigación es analizar el papel que desempeña el Registro de la Propiedad, como institución jurídica, en la protección jurídica del suelo y, concretamente en la salvaguardia de los suelos contaminados, teniendo en cuenta que dicha institución, creada para otorgar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario y destinada primordialmente a proporcionar publicidad erga omnes de la situación jurídica de las fincas (arts. 1 y 2 de la LH), también puede publicar las limitaciones medioambientales que afectan a las mismas. Así, el párrafo cuarto del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece que los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas

ABSTRACT

SOIL POLLUTION PROPERTY REGISTRY

As a legal institution, the property registry has a role to play in the legal protection of land, particularly in the matter of soil pollution. The property registry, created to imbue real estate trade with legal certainty and entrusted principally with the task of providing erga-omnes publicity of the legal situation of property (Mortgage Act, articles 1 and 2), can also publish information about the environmental limitations on property. Thus, the fourth paragraph of article 9 of the Mortgage Act, introduced by Act 24/2001 of 27 December on fiscal and administrative measures and measures of a social nature, states that registrars will have computer applications for processing graphic bases that can be coordinated with registered properties and for incorporating zoning, environmental and administrative constraints into the ap-

para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. De esta manera hemos procedido al estudio de la relación entre los suelos contaminados y el Registro de la Propiedad de forma cronológica, desde las primeras consideraciones de Martín Mateo a las Conclusiones del III Congreso Nacional de Medio Ambiente de 1996, siguiendo con la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, y el importantísimo Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de los suelos contaminados, para finalizar con la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

appropriate property records. A chronological overview of the relationship between soil pollution and property registration is given, from the earliest remarks by Martín Mateo to the findings of the Third National Environment Conference of 1996. Analysis continues with Act 10/1998 of 21 April on waste and the extremely important Royal Decree 9/2005 of 14 January establishing the list of potentially soil-polluting activities and the criteria and standards for declaring soil polluted. The last law discussed is Act 22/2011 of 28 July on polluted soil and waste.

(Trabajo recibido el 18-9-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)

DERECHO COMPARADO

Aspectos societarios de la denominada Operación Acordeón, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 00228-2009-PA/TC)

por

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO¹

SUMARIO

- I. ANTECEDENTES DEL CASO.
- II. SUPUESTOS BÁSICOS A TENER EN CUENTA.
- III. LA JUNTA DE ACREEDORES DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO.
- IV. EL NECESARIO PASO POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO VÍA PREVIA AL AMPARO.
- V. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL COMO HECHO OBJETIVO EN UNA SOCIEDAD EN ESTADO DE CONCURSO.
- VI. MEDIDAS CORRECTIVAS GENÉRICAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR EN UNA SITUACIÓN DE DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL:

¹ Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Ha seguido cursos de especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca de España y el curso anual de Gestión y Promoción de Exportaciones en ESAN con Certificado de Experto en Comercio Exterior. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de la Facultad de Derecho y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor de la Maestría y Doctorado de Derecho Empresarial de dicha Universidad y profesor de la Academia Peruana de la Magistratura.

1. AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL POR NUEVOS APORTES DINERARIOS.
 2. AUMENTO DE CAPITAL POR APORTES NO DINERARIOS.
 3. OTRAS MODALIDADES DE AUMENTO DE CAPITAL.
 4. CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD.
 5. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL.
 6. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL A 0 (CERO) E INMEDIATO AUMENTO DE CAPITAL, QUE ES LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN.
 7. RENEGOCIACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD.
 8. NEGOCIACIÓN DE LOS ACTIVOS TANGIBLES O INTANGIBLES.
- VII. LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN COMO UNA OPCIÓN LEGAL, Y REQUISITOS DE VALIDEZ.
- VIII. POLÉMICA SUSCITADA A RAÍZ DE SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.
- IX. VIABILIDAD DE SU INCORPORACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL SOCIETARIO.
- X. CONCLUSIONES.
- ANEXO.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

La Junta de Acreedores de la Empresa Agraria Chiquitoy, S. A., en adelante simplemente CHQUITOY, en sesión de fecha 6 de diciembre de 2006, acordó la aprobación de la Adenda número 1 por medio de la cual se aprobaron las condiciones para la reducción a 0 (cero) del capital social de dicha sociedad que se encontraba en estado de concurso, y dentro de un régimen de reestructuración patrimonial, el acuerdo mismo de reducción de capital a 0 (cero), la aprobación del aumento de capital social por capitalización de créditos, con invitación únicamente a los acreedores de la Clase C, la aprobación de la capitalización de créditos del Complejo Industrial Cartavio, S. A., en adelante simplemente CARTAVIO, y del Fondo de Inversiones Diversificadas, S. A., en adelante FODINSA, y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación, entre ellos, la modificación estatutaria correspondiente.

La accionista Flor de María Ibáñez Salvador impugnó en sede administrativa los mencionados acuerdos, dando lugar a la expedición de la Resolución de primera instancia número 0031-2007 INDECOPI/LAL expedida por la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI, el 22 de enero de 2007, por la cual se declaró infundada dicha impugnación, sosteniendo que si bien la impugnante manifestó su voluntad de beneficiarse con la suscripción preferente de acciones en el aumento de capital acordado, lo hizo después de haber concluido el debate y la votación sobre dicho tema, motivo por el cual no pudo hacer efectivo el citado derecho.

Contra la indicada resolución expedida en primera instancia, la impugnante, con fecha 12 de febrero del 2007, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, el mismo que resolvió, mediante Resolución número 1569-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 29 de agosto de 2007, confirmar en todos sus extremos la resolución impugnada.

Pese a que la recurrente tomó conocimiento de la resolución administrativa desestimatoria, conforme es de verse de la cédula de notificación de fecha 11 de septiembre de 2007, que obra en autos, habiendo quedado de esta forma agotada la vía administrativa, no recurrió contra la mencionada Resolución número 1569-2007/TDC-INDECOPI, a través del proceso contencioso-administrativo, conforme lo dispone el artículo 132.2 de la Ley General del Sistema Concursal, número 27809, en adelante simplemente LGSC, sino por el contrario, procedió a interponer una acción de amparo contra los acuerdos de la junta de acreedores del 6 de diciembre de 2006, alegando vulneración constitucional de diversos derechos fundamentales, prescindiendo del hecho que a la fecha de interposición de la demanda, ya habrían prescrito los plazos para la presentación de la demanda de amparo, conforme a lo establecido en el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, en adelante C.P.Const., siendo aún posible en ese momento presentar la demanda contencioso-administrativa.

A efectos de centrar el análisis jurídico, véase entonces que el origen de la controversia dimana de un procedimiento concursal ordinario, el cual se tramita en dos supuestos: *a)* A solicitud del deudor cuando más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un periodo mayor a treinta días calendario y además cuando tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 24 de la LGSC; *b)* Asimismo, el concurso también puede ser solicitado por uno o varios acreedores cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos y no hayan sido pagados dentro de los treinta días calendario siguientes a su vencimiento y que en conjunto superen el equivalente a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias conforme a lo prescrito en el artículo 26 de la Ley número 27809, Ley General del Sistema Concursal. En el caso de autos, lo cierto era que CHIQUITOY por cualquiera de los supuestos, se encontraba en estado de concurso.

Respecto a la demanda de amparo, ésta fue interpuesta el 7 de diciembre de 2007, contra la sociedad concursada y contra CARTAVIO, FODINSA, el INDECOPI de La Libertad, y contra el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, solicitando la anulación de los acuerdos anteriormente detallados, fundamentando su pedido en el hecho que, en la Junta de Acreedores de 6 de diciembre de 2006, de modo arbitrario y a través de un procedimiento irregular, se aprobó la Adenda número 1 por medio de la cual se aprobaron las condiciones para la

reducción a 0 (cero) del capital social de la empresa concursada, y si bien en la misma adenda se reconoció el derecho de suscripción preferente, no sólo se establecieron cláusulas irrazonables que impedían el ejercicio del mencionado derecho, sino que no se dieron las condiciones mínimas para la suscripción de las acciones por parte de los accionistas, entre los cuales estaba la demandante.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía para atender la resolución de la controversia planteada por la demandante, en razón a que en el caso sub-litis, existía una vía procesal específica igualmente satisfactoria, regulada en el artículo 132.2 de la LGSC, considerando además, que de acuerdo al carácter residual del amparo, este proceso constitucional sólo procede una vez agotados todos los recursos que la ley franquea, lo cual, no se observa en el caso bajo comentario, pues la demandante reconoce expresamente la existencia de un proceso jurisdiccional que podría haber planteado antes de interponer el amparo, pero que no lo ha hecho por razones eminentemente personales. Asimismo la Sala consideró que el plazo para interponer la demanda habría vencido en exceso, pues desde la realización de la Junta de Acreedores, hasta la interposición de la demanda, habían transcurrido más de sesenta días y por lo tanto, el plazo estaría prescrito conforme a lo establecido en el artículo 44 de la C.P.Const.

Posteriormente, mediante Resolución de fecha 17 de septiembre de 2008, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema confirmó el auto de improcedencia de la demanda, manifestando que, dado que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra CHQUITOY, la vía procedimental específica es el proceso contencioso-administrativo, la cual se adecúa mejor a la causa en trámite, por cuanto las afirmaciones de la demanda requieren de una estación probatoria que el mencionado proceso aporta, contrariamente a lo que sucede con el amparo que carece de ella.

Finalmente, el TC asumió competencia por la interposición por parte de la demandante, de un recurso de Agravio Constitucional contra la mencionada resolución de la Corte Suprema, y es debido a ello, que se expidió la Resolución de 4 de abril del año en curso, la que nos ha motivado a comentarla pero tan solo parcialmente, es decir, solamente sobre sus aspectos societarios y los directamente conexos con ellos.

No consideramos necesario reproducir la argumentación que obra en detalle en la propia demanda de amparo, ni comentar cada uno de los supuestos derechos fundamentales violados a la luz del derecho procesal constitucional, tarea que se la dejamos a los especialistas. Tampoco es la idea comentar los aspectos netamente procesales esgrimidos en la resolución del TC de fecha 4 de abril de 2011, sino más bien aprovechar la oportunidad para referirnos a los aspectos societarios de la Operación Acordeón, que se concretó y ejecutó por decisión de

la Junta de Acreedores del 6 de diciembre de 2006, llamada de esta forma por la doctrina, por la legislación comparada y por el propio TC, así como sobre los temas que le son conexos, para lo cual, previamente nos debemos ubicar en el contexto dentro del cual, dicha resolución fue expedida.

II. SUPUESTOS BÁSICOS A TENER EN CUENTA

En el caso bajo comentario, estamos dentro del análisis de la problemática de una sociedad anónima abierta, es decir CHIQUITOY, inmersa dentro de un procedimiento concursal ordinario, razón por la cual, le son de aplicación los principios jurídicos contenidos en el Título Preliminar de la LGSC y que representan el auxilio al cual debe acudir el juez llamado a aplicar el derecho, bajo la óptica del Derecho Concursal, que es una moderna disciplina jurídica, con indiscutibles implicancias económicas.

Dentro de la situación de una sociedad en estado de concurso y bajo un régimen de reestructuración patrimonial, son los acreedores involucrados, y no los accionistas, los llamados a decidir acerca de la viabilidad de ésta dentro del mercado, y son ellos quienes reunidos en Junta, asumen la responsabilidad y las consecuencias de las decisiones que adopten. Debemos dejar de lado en consecuencia, el esquema convencional aplicable a una sociedad no concursada, que se encuentra en plena actividad y desarrollo y en la que es la Junta General conformada por los accionistas la que se convierte en el órgano supremo de decisión, y por lo tanto la que debe adoptar las decisiones, ya sea trascendentales o no, relativas al normal desenvolvimiento de sus actividades económicas. Pero, una vez que la sociedad ingresa a estado de concurso, bajo el marco legal de la LGSC, la figura cambia sustancialmente, pues serán los acreedores reunidos en Junta de Acreedores y no los accionistas, los llamados a tomar tales decisiones, aplicándose preferentemente dicho cuerpo legal y supletoriamente otras normas entre las cuales está la Ley General de Sociedades, en adelante LGS, y el estatuto de la sociedad, el cual mantiene su vigencia siempre que no se oponga a los acuerdos de la Junta de Acreedores o a la LGSC, conforme lo dispone su artículo 63.3, norma legal, que en su párrafo final establece que la Junta de Acreedores sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano societario de máxima jerarquía.

Como bien se sabe, en nuestro país, a partir del año 1992 se ha desarrollado notablemente la legislación relativa al sistema concursal, el cual ha sustituido al viejo esquema del Código de Comercio de 1902 y posteriormente de la Ley Procesal de Quiebras, número 7566, esquema que conducía inexorablemente a la extinción de las sociedades en crisis económica, con las lamentables consecuencias que ello significaba en materia fabril, laboral, y tributaria, entre otras implicancias.

En el nuevo sistema, y dentro del marco de un procedimiento administrativo, las decisiones sobre el destino de una sociedad cuya situación patrimonial es crítica, es exclusiva responsabilidad de quienes son acreedores titulares de los créditos reconocidos bajo un procedimiento regulado en la LGSC, a los cuales el legislador les ha entregado, la adopción de tales decisiones, para cuyo efecto deberán reunirse en Junta de Acreedores con los requisitos y formalidades correspondientes, dentro de un marco de libertad, pero con responsabilidad plena sobre el éxito o el fracaso de los acuerdos que se adopten.

Uno de los principales principios jurídicos a que hemos hecho referencia, es el contenido en el artículo V del Título Preliminar de la LGSC, en el cual se establece que los procedimientos concursales buscan la participación y beneficio de la totalidad de los acreedores involucrados en la crisis de la sociedad deudora, pues, el interés colectivo de la masa de acreedores, se superpone al interés individual de cada acreedor por separado. En ese orden de ideas, vemos pues, que la colectividad es la esencia del Derecho Concursal, y por ello se debe entender que cuando se habla de masa concursal, se está haciendo referencia al conjunto de acreedores reconocidos y que por lo tanto, se encuentran hábiles para reunirse en junta y adoptar las decisiones relacionadas con el destino que tendrá el patrimonio de la sociedad concursada, pudiendo intentar su salvataje a través de una restructuración patrimonial o saneamiento, y cuando ello no sea posible, a pesar de los esfuerzos que se hagan, lamentablemente conducir a la sociedad hacia su disolución, liquidación y extinción.

A diferencia de los accionistas, que en un escenario normal de una sociedad en plena actividad y desarrollo, es decir, no encontrándose en estado de concurso, gozan de un conjunto de derechos esenciales o fundamentales de carácter patrimonial y/o político, reconocidos en los artículos 95 y 96 de la LGS, dependiendo si son titulares de acciones con derecho a voto o sin voto, los acreedores debidamente reconocidos, dentro de un procedimiento concursal normado por la LGSC, se convierten en inversionistas circunstanciales y/o forzados, y sustituyendo a los accionistas, deberán participar en las juntas de acreedores que se convoquen, con sus porcentajes de participación respecto de la denominada masa concursal, asumiendo no solo la responsabilidad, sino las consecuencias de las decisiones que se adopten, subsumiendo en su actuación todos los derechos de los accionistas, y ejerciendo el derecho de voto en defensa de sus créditos. En una situación así, y haciendo un paralelo, las acreencias existentes y reconocidas, recibirán el tratamiento que reciben las inversiones expresadas en acciones, y ello, nos lleva a contrastar, para diferenciarlas, y a su vez aproximar, a las Juntas de Acreedores de la LGSC, con las Juntas de Accionistas de la LGS.

Asimismo, consideramos pertinente traer a colación el principio recogido en el artículo X del Título Preliminar de la LGSC por el cual, si bien, el Estado a través del INDECOPI debe facilitar y promover la negociación entre acreedo-

res y deudores, debe respetar la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales. En opinión de ROJAS LEO², la presencia del Estado en el sistema concursal es imprescindible, pero su participación debe definirse adecuadamente, pues, podría existir el peligro de una intromisión excesiva.

Es claro que en una colectividad de acreedores inmersos dentro de un concurso, respecto de un patrimonio social determinado, y en el que cada uno de ellos tiene un porcentaje de participación según la cuantía de su crédito, se presenten desigualdades que deben ser atendidas y solucionadas adecuadamente, no solo para el beneficio de todos, sino también en beneficio de la propia sociedad, la que gracias a los acuerdos que se adopten, puede salir de la situación de crisis y reestructurarse plenamente, lo que significa alcanzar un saneamiento económico financiero que haga que la sociedad esté dentro de una situación de equilibrio patrimonial. Al Estado le corresponde facilitar y promover las condiciones de negociación, pero prohibiendo que su actuación vulnere la autonomía privada en la toma de decisiones, aún cuando estas sean trascendentales y significativas, y por ello, en ningún caso, le corresponde sustituirse en la voluntad de los privados, pues, son únicamente estos quienes deben adoptar las decisiones.

III. LA JUNTA DE ACREEDORES DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO

Primeramente, debemos tener en cuenta que si la junta de acreedores sesiona y hace uso de las atribuciones referidas en el artículo 50.4 de la LGSC, es obvio que previamente se ha instalado como órgano social con agenda única. Al efecto, conforme al artículo 43 de la LGSC, una vez que se han hecho públicos los reconocimientos de crédito por la Secretaría Técnica de la Comisión de Procedimientos Concuriales de INDECOPI y que por lo tanto, se han dado a conocer los titulares de los créditos debidamente reconocidos, debe convocarse por primera vez a la Junta de Acreedores con los requisitos legales correspondientes, debiendo ser la instalación de la misma, el único tema de la agenda, para que en adelante, actúe como el máximo órgano de la sociedad concursada.

Como bien señala ROJAS LEO³, las Juntas de Acreedores son reuniones privadas que deciden sobre intereses particulares, y si en ellas interviene la autoridad administrativa, es decir, la Comisión del INDECOPI, es únicamente para los

² ROJAS LEO, Juan Francisco, *Comentario a la Ley General del Sistema Concursal*, Ara Editores EIRL, Lima-Perú, primera edición octubre de 2002, pág. 35.

³ ROJAS LEO, *op. cit.*, pág. 155.

efectos de garantizar el cumplimiento de las formalidades requeridas por la ley para la adopción de los acuerdos que se requieren, según las circunstancias de la sociedad en estado de concurso.

Asimismo, es importante citar el artículo 44 de la LGSC, pues en dicha norma se ratifica la naturaleza privada de la Junta de Acreedores e identifica cuáles son los acuerdos con relevancia para el concurso, es decir, en primer lugar, la decisión sobre el destino del deudor, la aprobación del Plan de Reestructuración y/o del Convenio de Liquidación, y el Acuerdo Global de Refinanciación, así como sus modificaciones, siendo obligatoria la participación de un representante de la Comisión, debiendo realizarse las sesiones respectivas de la Junta con los *quóruns* de instalación y las mayorías exigidas para la adopción de acuerdos. En estas Juntas puede participar también un representante acreditado de la sociedad concursada, pues también tiene el derecho de manifestar su posición y expresar sus impresiones con respecto a cada una de las propuestas en debate, no teniendo en ningún caso, derecho a voto o algún otro privilegio.

Asimismo, conforme al artículo 50.6, de la LGSC, la Junta no podrá acordar la modificación del destino del deudor o de su patrimonio, salvo que efectúe las acciones necesarias para dejar el estado de insuficiencia patrimonial o de cesación de pagos previstos en la ley como causales de liquidación directa. En otras palabras, la Junta no puede cambiar la decisión de disolución y liquidación, salvo que como Junta adopte las decisiones necesarias para superar o corregir el estado de pérdida patrimonial con el que fue sometido el deudor al concurso, para lo cual se requerirán, entre otras medidas correctivas, los aportes de capital y/o las capitalizaciones que sean necesarias para alcanzar una situación de equilibrio patrimonial.

Respecto a las capitalizaciones de las acreencias, esta es una posibilidad que se deriva del mencionado artículo 50.6, pues prácticamente se convierten en los aportes necesarios para revertir el estado de pérdida patrimonial y para evitar la disolución y liquidación y su necesidad deberá demostrarse ante la autoridad concursal, como condición previa a su discusión y debate y eventual aprobación en la Junta de Acreedores, y si la sociedad concursada cuenta con Directorio, aplicándose supletoriamente el artículo 214 de la LGS, se requerirá de un informe de éste, que sustente la conveniencia de recibir tales aportes y además reconocer el derecho de los accionistas a realizar aportes dinerarios por los montos que les permitan a los demás accionistas, mantener sus porcentajes accionarios.

Otra norma importante a tener en cuenta es que conforme al artículo 52.1 de la LGSC, únicamente podrán tratarse en la Junta, bajo sanción de nulidad, los temas consignados en la agenda de la convocatoria, con excepción de las que se consideran juntas universales, pues en ellas se cuenta con la asistencia del 100 por 100 de los créditos y con el voto a favor de la totalidad de los representantes que concurran.

También es importante tener en cuenta la norma del artículo 53.1 de la LGSC, por la cual, aquellos acuerdos para los que la LGS exija mayorías calificadas, y que son aquellos a los que se refiere su artículo 126, que a su vez se remite al 115, se adopten en primera convocatoria, necesariamente con el voto favorable de acreedores que representen créditos por un importe superior al 66,66 por 100, y en segunda convocatoria, con el voto favorable del 66,66 por 100 de los asistentes.

Finalmente, es importante tomar en cuenta las normas del artículo 55 de la LGSC sobre formalidades, contenido, aprobación y validez de las actas en las que consten los acuerdos de las Juntas de Acreedores, las cuales se deben acatar rigurosamente.

IV. EL NECESARIO PASO POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO VÍA PREVIA AL AMPARO

Consideramos necesario hacer un deslinde previo inicial, y en ese sentido, desde ya afirmamos que no podemos estar de acuerdo con la sentencia del TC de fecha 4 de abril de 2011, a la que se llega gracias al voto decisorio o dirimente del Presidente del TC, por haberse producido un empate entre la posición apoyada por tres votos, por la cual se declara fundada la demanda, lamentando que no se haya inclinado la Presidencia a favor de la posición que declara improcedente la misma, que también fue apoyada por tres votos, y con cuyo sentido, estamos plenamente de acuerdo.

En consecuencia, al haberse declarado fundada la demanda, supuestamente por haberse vulnerado los derechos de la recurrente, a la propiedad, a la libre iniciativa privada, a la asociación, al debido proceso corporativo privado y a la interdicción a la arbitrariedad, como consecuencia de ello, se ordena a las «empresas emplazadas» que cumplan con restituir a la demandante, la titularidad de todas las acciones que poseía, entendemos que en CHIQUITOY, antes de los acuerdos anulados en la sentencia, y por ende, que se le restituya en su calidad de accionista, con todos los derechos que de dicha condición se derivan.

Por no coincidir en ninguna forma con lo resuelto por el TC, en lugar de pasar a criticar o cuestionar la motivación y la fundamentación de la resolución, preferimos mostrar las razones por las cuales estamos de acuerdo con la posición que propugnó la improcedencia de la demanda, que es en nuestra opinión, la forma en que debió concluir este proceso, en razón a que consideramos como necesario e insoslayable, el paso por el proceso contencioso administrativo, como vía previa al proceso de amparo constitucional, y llamar la atención sobre la deficiente redacción de su parte resolutive, pues, antes de ordenar la restitución de los derechos de un accionista, se debían anular expresamente los acuerdos impugnados, y no al revés.

El sustento de nuestra posición es que consideramos que se encuentra plenamente vigente desde octubre del año 2002 la norma del artículo 132.2, de la LGSC en la cual, expresamente se señala que las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, como es el caso de las impugnaciones contra los acuerdos de la Junta de Acreedores de CHIQUITOY, sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso-administrativo, y por consiguiente, no procede el uso de vías procesales distintas, como es el caso del recurso de amparo constitucional, para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la LGSC, y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos. Dicha norma es concordante con lo señalado en el mismo sentido por el artículo 218 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General y con el artículo 18 de la Ley 27584, que es la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo.

A mayor abundamiento, el criterio fijado en las normas concordadas anteriormente mencionadas, ha sido ratificado incluso por acuerdo adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de la República en sesión del 22 de diciembre de 2005, por lo cual, se regula la intervención de los órganos jurisdiccionales en los procedimientos concursales el cual a la letra dice: (...) «Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento concursal tiene como objetivo la permanencia de la unidad productiva, protección del crédito y patrimonio de la empresa, regulando el trámite de procedimientos administrativos a cargo de la autoridad concursal y relacionándolo con la actividad del Poder Judicial, en ese contexto, a las Salas Civiles de las diversas Cortes Superiores de Justicia del país les corresponde conocer, conforme al numeral ciento treinta y dos de la ley de la materia, de las resoluciones emanadas en última instancia por el Tribunal del INDECOPI, en la vía del proceso contencioso-administrativo; (...)».

Aplicando este criterio, hizo bien la Sala Civil de la Corte Superior y la Sala Suprema en segunda y última instancia, en declarar improcedente liminarmente la acción de amparo interpuesta con el objetivo de invalidar los acuerdos de la Junta de Acreedores adoptados dentro del marco legal de la LGSC.

Como bien acota ESPINOZA y ATOCHE⁴, «podemos señalar que, luego de agotarse la vía administrativa en un procedimiento concursal, el administrativo no tiene la alternativa de acudir a la vía del amparo, en lugar de recurrir a la vía contencioso-administrativa. La opción natural y propia para la tramitación de cuestionamientos relativos a acuerdos y resoluciones derivadas de la aplicación de la LGSC, es la segunda de aquéllas, es decir, la vía contencioso-

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, y ATOCHE FERNÁNDEZ, Prado en la *Ley General del Sistema Concursal, Análisis exegético*, Editorial Rodhas, Lima-Perú, primera edición abril de 2011, pág. 901.

administrativa, no solo por así disponerlo expresamente el artículo 132 de la LGSC, sino además por la naturaleza residual y excepcional que caracterizan a los procesos constitucionales como el amparo.

Conforme a lo expuesto, vemos pues, que hay una instancia competente específica, es decir, el proceso contencioso-administrativo, que justamente existe para cuestionar las decisiones de los entes administrativos (Comisión y Tribunal del INDECOPI, en este caso), antes de recurrir a los procesos constitucionales.

Coincidiendo, como ya lo hemos adelantado, con la posición de la improcedencia asumida por tres votos, es pertinente traer a colación lo expuesto por Ricardo BEAUMONT CALLIGOS en el punto noveno de su voto singular, en el sentido que hay reiterada jurisprudencia del TC desde hace varios años, en la que se ha dicho y repetido hasta el cansancio, que el amparo no es alternativo sino residual y que no proceden los procesos constitucionales, citando al efecto, el artículo 5.2 del CPConst., cuando existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *habeas corpus*, que no es el caso.

En cuanto al voto singular de los magistrados URBIOLA y CALLE coinciden en lo fundamental con Ricardo BEAUMONT, invocan igualmente el artículo 5, inciso 2 del CPConst, anteriormente comentado, y concluyen que en el caso de autos, tratándose de una resolución emitida por la administración, en este caso el Tribunal de INDECOPI, en segunda y última instancia, la vía correspondiente es la contencioso-administrativa, por ser igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, es decir, que si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria, que también tienen la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, previamente debe acudir a ellos, debido al carácter residual del proceso de amparo, en cumplimiento del precedente vinculante recaído en el expediente número 00206-2005-PA/TC.

De nuestra parte, consideramos que cabe también invocar el artículo 5, inciso 1 del CPConst., el cual dispone la improcedencia cuando «los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado». El análisis de ambos incisos del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional nos lleva a lo siguiente: a) Respecto al numeral 1, que la reducción del capital a 0 «operación acordeón» y la subsiguiente capitalización de acreencias supuestamente vulneró el derecho de suscripción preferente, y que éste es un derecho fundamental directo; b) Respecto al numeral 2, que será improcedente si existen vías procedimentales igualmente satisfactorias.

Sin embargo, en la sentencia del TC que se comenta, puede apreciarse en el segundo párrafo del fundamento 13 respecto a la causal de improcedencia por

la existencia de otra vía igualmente satisfactoria, que el Tribunal Constitucional indica: «Y es que el interés que estará en juego en el proceso ya no será solo el interés de la parte reclamante del amparo o, en todo caso, de la contraparte demandada, merced a lo cual, si existe otra vía para satisfacer su pretensión que sea igualmente satisfactoria, la demanda deberá ser encauzada a través de ésta; sino que el interés primordial, que se suma al del amparista será el interés de la sociedad de obtener una solución adecuada a un problema de relevancia constitucional que no ha sido definido con anterioridad o que lo ha sido pero de modo defectuoso y contradictorio y que requiere, por tanto, un pronunciamiento en el ámbito de la jurisdicción constitucional». Véase entonces que el Tribunal Constitucional admite la existencia de otra vía igualmente satisfactoria, pero a la vez señala que lo considera procedente no por la causa *per se*, sino en interés de la sociedad, entiéndase comunidad para no confundir el vocablo con sociedad en sentido de la LGS.

Hay una segunda razón de peso para coincidir en la posición que propugnó la improcedencia de la acción de amparo y es la que se funda en el hecho que a la fecha de la interposición de la demanda, es decir, al 7 de diciembre de 2007, habían transcurrido más de sesenta días hábiles de producida la afectación, la que supuestamente se consumó con la resolución del Tribunal de INDECOPI de fecha 29 de agosto de 2007, la que quedó firme con su notificación, por ello, conforme al artículo 44 del C.P.Const., el plazo para interponer dicha acción se encontraba prescrito. Hizo bien, pues, la Sala Superior y la Sala Suprema en también rechazar liminarmente la acción de amparo por esta causal específica.

V. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL COMO HECHO OBJETIVO EN UNA SOCIEDAD EN ESTADO DE CONCURSO

Partimos del supuesto que CHIQUITOY, a la fecha de realización de la Junta de Acreedores, es decir, al 6 de diciembre de 2006, se encontraba en una seria o grave situación económico-financiera, por no denominarla «insolvencia», que es el término que usa el TC, consideramos que se encontraba en una situación de desequilibrio patrimonial, que la llevó a hacer uso de la denominada Operación Acordeón, que consiste primero, en reducir el capital a cero, e inmediatamente en la misma sesión aumentar el capital social con la modificación estatutaria correspondiente. Previamente, es pertinente definir el concepto de desequilibrio patrimonial, para lo cual debemos abordar dos temas: la situación de equilibrio patrimonial de una sociedad y el llamado hecho contable. Se dice que la sociedad cualesquiera que sea, se encuentra en una situación de equilibrio patrimonial cuando los elementos que conforman su patrimonio, en un momento

dado o específico, se encuentran en estabilidad, debido a que existen activos suficientes para cubrir los pasivos, y su patrimonio neto está por encima del capital social. En caso contrario, cuando carece de estabilidad por no tener los activos necesarios y tener un patrimonio neto inferior al capital social, decimos que la situación es de desequilibrio. Así, tenemos que en la estabilidad máxima solo existen obligaciones con los propietarios y no con terceros o acreedores; y en la estabilidad normal, las obligaciones son razonables y basadas en la prudencia, en función de los flujos futuros de ingresos, para su amortización y pago.

En una situación de desequilibrio patrimonial existen deudas que no se pueden solventar con los ingresos propios del negocio y, por tanto, pérdidas muy elevadas que se acumulan año a año, careciéndose de recursos para salir de situaciones complejas o críticas, acudiendo al crédito bancario o de terceros para financiar las inversiones, y, lo que es más grave aún, para financiar los gastos y costos directos e indirectos. En el desequilibrio máximo, o quiebra total, el patrimonio neto es negativo, se ha perdido la totalidad del capital social, y por lo tanto las acciones no tienen ya valor, los activos son ficticios o inexistentes, y la sociedad no tiene forma de enfrentar sus deudas.

Otro aspecto previo a tratar es el llamado hecho contable, que es un hecho descriptivo de las variaciones del patrimonio o riqueza de la sociedad y, por lo tanto, deber ser captado, medido, valorado y expresado a través de la contabilidad y los estados financieros. Estas variaciones pueden ser: *a)* cualitativas, si ocasionan variaciones en la composición de las inversiones o medios de financiación, pero no alteran la cuantía total de dichas inversiones o fuentes de financiación; *b)* cuantitativas, cuando ocasionan variaciones en el patrimonio neto, bien aumentándolo, bien disminuyéndolo; y *c)* cuantitativas-cualitativas, en las que, además de modificar el patrimonio neto, hay permuta entre los distintos elementos patrimoniales.

Con los elementos que anteceden se podría definir el desequilibrio patrimonial en las sociedades, describiéndolo como el hecho contable que refleja variaciones cuantitativas en el patrimonio neto de la empresa y genera que a ésta le sea imposible cumplir con sus deudas u obligaciones frente a terceros.

Este desequilibrio patrimonial de la empresa plantea como hechos contables dos posibilidades, que se engloban en: *a)* situaciones de déficit patrimonial, en las que el pasivo es superior al activo —las más frecuentes—; y *b)* situaciones de superávit patrimonial, en las que, por el contrario, el activo es superior al pasivo, pero la situación financiera es crítica por falta de liquidez. Ambas situaciones pueden conducir a la sociedad a un estado de concurso bajo el marco legal de la LGSC, pues no puede cumplir con pagar regularmente sus deudas comerciales, peligrando su estabilidad o supervivencia dentro de la dinámica del mercado. En el caso de CHIQUITOY el hecho de estar en estado de concurso, tener una difícil situación económico-financiera, probablemente estar con patri-

monio neto negativo y tener importantes acreedores clase C como CARTAVIO y FODINSA, que están dispuestos a capitalizar sus créditos con cargo a recibir acciones, todo ello hace que estén en una situación *ad hoc* para aprobar una Operación Acordeón.

VI. MEDIDAS CORRECTIVAS GENÉRICAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR EN UNA SITUACIÓN DE DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL

En una sociedad anónima que no se encuentre en estado de concurso, pero en una delicada situación económica o financiera, le corresponde a la Junta de Accionistas tomar las decisiones para intentar evitar la disolución y su posterior liquidación, más aún, cuando las pérdidas acumuladas hayan reducido el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital social pagado, o en una situación extrema, cuando su patrimonio neto sea negativo, y que todo el capital se haya perdido por efecto de las pérdidas acumuladas.

En el caso de CHIQUITOY, como se encuentra en estado de concurso bajo un régimen de reestructuración patrimonial, su situación es diferente, pues ya está bajo el marco legal de la LGSC y no de la LGS, y en lugar de Junta de Accionistas, su órgano máximo llamado a tomar las medidas correctivas es la Junta de Acreedores. Ahora bien, siendo al fin y al cabo el propósito u objetivo, corregir una situación de desequilibrio patrimonial, las medidas correctivas genéricas que se pueden adoptar en ambos regímenes son las siguientes:

1. AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL POR NUEVOS APORTES DINERARIOS

La medida más utilizada para revertir el desequilibrio patrimonial que afrontan las sociedades y así mejorar la relación entre el patrimonio neto y el capital social es aumentar este último, ya sea por aportes de los accionistas o invitando a participar a nuevos inversionistas. Este aumento se ejecuta a través de la creación, emisión y suscripción de nuevas acciones del mismo valor nominal, para, a través de un procedimiento de colocación, recibir nuevos recursos, los que se incorporan al activo de la sociedad y, por ende, al patrimonio social.

2. AUMENTO DE CAPITAL POR APORTES NO DINERARIOS

A este tipo de aumento les son aplicables las disposiciones generales establecidas en el libro primero de la LGS, como las referidas a exigir constancias de valorización, asunción de riesgos, etc. Asimismo, se debe reconocer el derecho

de realizar aportes dinerarios por un monto que permita a todos los accionistas ejercer su derecho de suscripción preferente para mantener la proporción que tienen en el capital. Con esta modalidad también se mejorará el patrimonio neto y su relación con el capital social.

3. OTRAS MODALIDADES DE AUMENTO DE CAPITAL

Si existiera una reserva legal y reservas estatutarias o voluntarias, es posible capitalizarlas, medida que implicará la creación y emisión de nuevas acciones, las que serán entregadas como acciones liberadas de aporte, a los accionistas. Sin embargo, este tipo de decisión no significará la mejora del patrimonio neto, dado que esos recursos ya existían como parte integrante de éste, pero sí implicará una mejor presentación de la sociedad en sus relaciones con los terceros que contraten con ella.

4. CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD

Si se capitalizan créditos de terceros por deudas que tenga la sociedad con ellos, o por bonos, sin duda se mejorará el patrimonio neto, al reducirse en el pasivo las obligaciones frente a terceros. Dichas capitalizaciones se deben sujetar a las normas establecidas en los artículos 213 y 214 de la LGS.

5. REDUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Una opción a la que se puede recurrir también para compensar la pérdida acumulada contra el capital social es que la Junta General de Accionistas —ya sea por decisión voluntaria o por encontrarse obligada a tomar dicha decisión al entrar en la hipótesis regulada por el art. 220 de la LGS— acuerde su reducción, afectando proporcionalmente las acciones representativas del capital social que pertenecen a los accionistas. Esta reducción se puede ejecutar, o bien anulando acciones en forma proporcional, o bien reduciendo el valor nominal de las acciones existentes, y en cualquiera de las dos modalidades, los accionistas habrán sacrificado una parte significativa de su inversión, pero con la contrapartida beneficiosa de anular o reducir sustancialmente la pérdida acumulada y, por ende, mejorar la relación entre el capital social y el patrimonio neto. Es preferible, para los inversionistas, tener menor número de acciones en una sociedad sólida o solvente, que un número mayor de acciones en una sociedad en crisis patrimonial por efecto de las pérdidas. Ahora bien, si la pérdida es cuantiosa y supera el capital social los accionistas habrán perdido toda su inversión, y si

no se toman las medidas correctivas necesarias, indefectiblemente la sociedad tendrá que liquidarse.

6. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL A 0 (CERO) E INMEDIATO AUMENTO DE CAPITAL, QUE ES LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN

Si la gravedad de la situación económica y financiera lo amerita, por ejemplo, cuando se ha perdido la totalidad del capital por efectos de las pérdidas, lo cual se comprueba con un estado financiero que se denomina Estado de Cambios en el Patrimonio Neto, el cual se basa en la contrastación del capital social con el patrimonio neto y el resultado es negativo, pues las pérdidas acumuladas reflejadas en el patrimonio neto superen la cifra del capital social, una estrategia corporativa que se puede seguir con el propósito de corregir la situación de desequilibrio patrimonial grave, es sincerar el capital social, y en ese sentido reducir el capital a cero, con lo cual las acciones no tendrían ya ningún valor y por lo tanto todas ellas se anularían, y acto seguido, en la misma junta acordar el aumento del capital social, ya sea con nuevos aportes de los accionistas o de terceros, el cual es difícil de lograr, o a través de la capitalización de las deudas de la sociedad frente a terceros, o lo que es lo mismo, la capitalización de los créditos de los terceros contra la sociedad. Cuando todo ello se hace en una misma y única junta, se le conoce en el argot societario como Operación Acordeón, la que en el caso de nuestro ordenamiento legal, no está regulada en la LGS, pero tampoco está prohibida, y debido a ello se utiliza con relativa frecuencia.

7. RENEGOCIACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA SOCIEDAD

Esta es una opción, más que todo, de administración y gerencia, a través de la cual se renegocian básicamente los pasivos exigibles de corto plazo, es decir, los que deben ser pagados en un periodo menor a un año, incluyendo salarios, impuestos, préstamos a corto plazo y las sumas adeudadas a los proveedores de bienes y servicios, para de esa manera recuperar capacidad de crédito. Evidentemente, esta estrategia de renegociación podrá incluso incluir la condonación o reducción de los intereses acumulados y la eliminación de penalidades que puedan comprometer seriamente la marcha de la sociedad. De lograr estos ajustes en el pasivo del balance, ello evidentemente también hará que mejore el patrimonio neto y su relación frente al capital social.

8. NEGOCIACIÓN DE LOS ACTIVOS TANGIBLES O INTANGIBLES

Otra forma de revertir un desequilibrio patrimonial es negociar en los mejores precios posibles los activos de la sociedad que puedan hacerse líquidos con relativa rapidez, llámense activos fijos, inversiones en valores mobiliarios y bienes intangibles como los signos distintivos que le pertenecen a la sociedad (marcas, lemas, modelos, diseños, etc.). Con la liquidez obtenida se podrán hacer prepagos de sus obligaciones en las mejores condiciones que se puedan obtener, por su amortización y pago al contado, lo cual también mejorará el patrimonio neto de la sociedad al reducirse el pasivo del balance, en la medida en que se obtengan ventajas especiales por dicha amortización y pago.

VII. LA DENOMINADA OPERACIÓN ACORDEÓN COMO UNA OPCIÓN LEGAL, Y REQUISITOS DE VALIDEZ

En primer lugar comenzaremos por realizar una breve definición de la «Operación Acordeón» que es entendida como la reducción y aumento de capital social de manera simultánea, conocida también por algunos sectores de la doctrina como reintegración del capital, con el fin de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto.

La Operación Acordeón tiene una naturaleza compleja, que se compone de diversos actos condicionados entre sí y que constituye una técnica abstracta establecida en garantía del mantenimiento de la cifra mínima de capital social y usualmente, como bien señala el profesor BELTRÁN⁵: «(...) *tiene pleno sentido como medida de saneamiento, en aquellos supuestos en que las pérdidas patrimoniales de la sociedad sean cuantiosas: mientras con la reducción (nominal) del capital se elimina o, al menos, se reduce el desequilibrio existente entre el valor del patrimonio neto y la cifra del capital social, con el aumento (efectivo) de éste se consiguen los recursos necesarios para la continuación de la actividad social*». Para el mencionado jurista español, la Operación Acordeón puede acordarse cualquiera que sea la cuantía de las pérdidas sufridas, pero el supuesto más relevante es aquel en que, como consecuencia de la pérdida íntegra del capital social, éste se reduce a cero.

Esta figura también es conocida en la doctrina francesa como *coup d'accordeón* (golpe de acordeón), la cual según MERLE citado por REYES VILLAMIZAR⁶ consiste en efectuar una drástica reducción de capital en una sociedad

⁵ BELTRÁN, Emilio, «En torno a los requisitos de la Operación Acordeón», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 199-200, 1991, pág. 76.

⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2006, pág. 366.

insolvente, a la que sigue una emisión primaria de acciones para permitir el ingreso de un inversionista estratégico.

En este mismo sentido, el jurista argentino VERÓN⁷ afirma que la Operación Acordeón: «(...) intenta superar la causal de disolución prevista en el artículo 94 de la Ley argentina, y tiene por finalidad el saneamiento patrimonial de un ente con pérdidas que, por su magnitud, han absorbido una fracción considerable del capital social como cifra de retención consagrada en garantía de los acreedores sociales, lo que no obsta a considerar que ha servido también para instrumentalizar reorganizaciones societarias, transmisión de sociedades, toma de control social, como fase previa a una fusión, etc., e incluso su uso desviado para desembarazarse de minorías molestas».

Finalmente, respecto a la definición cabe señalar que autores como BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ⁸, señalan que: «(...) fue practicada con frecuencia en el ámbito bancario para resolver situaciones de crisis, y que consistía en que la sociedad afectada, que se encontraba prácticamente en quiebra, reducía su capital hasta (...). Simultáneamente, se adoptaba el acuerdo de elevar el capital en la cifra necesaria para reflotar la sociedad mediante las aportaciones de los socios, antiguos o nuevos, recuperando así los recursos propios de la sociedad para hacer posible la continuidad de ésta y la explotación de la empresa».

Siendo así, es necesario, en primer lugar, establecer claramente el supuesto de hecho que se tiene que dar en torno a una sociedad para poder aplicar o llevar a cabo una operación acordeón. Tal supuesto es, en nuestra opinión, que la sociedad tenga pérdidas mayores o iguales al monto del capital social, para que al momento de compensar dichas pérdidas con el capital social, este se reduzca a cero, y las acciones representativas de dicho capital, que ya carecen de valor, sean canceladas, lo cual no significa que se extinga la condición de accionista, pues, si se exige la simultánea decisión de aumentar el capital, sus titulares conservan el derecho de voto y el derecho de suscripción preferente para suscribir las nuevas acciones.

Una vez reducido el capital y canceladas las respectivas acciones, se deberá de manera inmediata (simultánea) aumentar el capital social mediante nuevos aportes, entendiendo que consideramos como una modalidad de estos, a las capitalizaciones de créditos contra la sociedad. Es por ello, que doctrinariamente se reconoce que es requisito indispensable la reducción y aumento de capital de manera simultánea, en un solo acto, es decir, en una misma junta, ya sea de accionistas o de acreedores.

⁷ VERÓN, Víctor Alberto, *Tratado de las Sociedades Anónimas*. Tomo V. *La Ley*. Buenos Aires, 2008, pág. 211.

⁸ BROSETA PONT, Manuel, y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, 2009, pág. 465.

Respecto a los requisitos para llevar a cabo este tipo de operaciones, es importante reiterar que no tiene una regulación específica en nuestra legislación societaria, por lo que es claro que para llevar a cabo ese tipo de operaciones será necesario cumplir con los requisitos legales tanto de la reducción como del aumento de capital, es decir, cumplir con las exigencias legales de la LGS y en todo caso del estatuto social.

Respecto a la finalidad que se busca con la implementación de este tipo de operaciones, comentaremos a manera de ejemplo el caso español, el cual según MEMENTO PRÁCTICO⁹, existen dos supuestos en los que procede la operación acordeón y estos son: i) que como consecuencia de la compensación de las pérdidas con el capital social, éste quede por debajo del mínimo legal, y ii) que la reducción de capital lo lleve a 0.

No obstante lo anteriormente expuesto, otros supuestos prácticos en los que la operación acordeón puede ser de mucha utilidad son:

- Cuando los accionistas han decidido desligarse de la sociedad mediante la liquidación de sus acciones y la ulterior cesión de la pura estructura formal de la sociedad, lo cual también se podría conseguir por la transferencia de las acciones, pero podría ser frustrado por la negativa de algún o algunos accionistas.
- Cuando se trate de reemprender la actividad mercantil, por parte de una sociedad adormecida o de una sociedad con pérdidas, cuyos antiguos socios, por sí solos o con el concurso de nuevos accionistas, realizan mediante la Operación Acordeón una auténtica refundación de la sociedad que puede resultarles, en algunos supuestos más beneficioso que la disolución de la sociedad y la constitución de una nueva, en vista que, por ejemplo, podrían aprovechar el crédito fiscal.

Por su parte, VIGIL¹⁰, señala como otras razones válidas para que una sociedad opte por llevar a cabo una operación acordeón, las siguientes:

- «1. *Salvar el intangible: Una empresa puede haber estado bien posicionada durante muchos años, quizá haya gozado de una posición de dominio en el mercado y debido a factores exógenos o a malas prácticas corporativas, se encuentre ahora en una situación difícil; por ello, consciente de superar esta situación, decide no salir del mercado sino rediseñarse en él, a través de la Operación Acordeón.*

⁹ DE CÁRDENAS SMITH, Carlos; DUTILH CARVAJAL, José María y otros, y MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre, *Sociedades Mercantiles*, Aranzadi Editorial, 2002, pág. 243.

¹⁰ VIGIL OLIVEROS, Enrique, «La Operación Acordeón. Una visión desde el derecho corporativo», en *Actualidad Jurídica*, Tomo 120, febrero de 2011, publicación periódica de *Gaceta Jurídica*, Lima, Perú, pág. 356.

(...)

2. *Eliminar a las minorías: Otra razón íntimamente ligada a la anterior, es eliminar a las minorías, entendiéndose esta figura como una estrategia utilizada solamente para el beneficio de la sociedad y no con el objetivo de excluir a los socios minoritarios por intereses particulares de los socios mayoritarios, y por ello esta elección debe ser cuidadosamente realizada y sin que exista ocultamiento de información financiero-contable o se hayan generado simulaciones de créditos en cuyo caso cualquier accionista minoritario podría recurrir a la autoridad competente y solicitar la impugnación de los acuerdos adoptados y la posterior nulidad de los actos jurídicos celebrados. Pero también es cierto que cada vez son más contadas las maniobras de los accionistas minoritarios que impiden el sostenimiento y crecimiento de las sociedades a través de sus decisiones en las juntas de socios, y es allí donde la Operación Acordeón es una estrategia útil para preponderar el interés social frente a los intereses particulares de los socios.*

Sin embargo, reconocidos juristas internacionales como REYES VILLAMIZAR consideran que con la aplicación de la Operación Acordeón se puede permitir una capitalización abusiva en las sociedades, que permitiría la perpetuación de un abuso de derecho por parte de los accionistas mayoritarios en contra de los minoritarios. Es decir, la operación acordeón puede ser un instrumento para cometer abusos en contra de las minorías, situación que consideramos no debería suceder. Dicho jurista sustenta su posición de la siguiente forma: «(...) *el aumento del capital podría no tener más objetivo que el de minimizar el porcentaje de participación de un socio, del cual se sabe desde ya que no podrá suscribir; si así ocurriera, el derecho social al aumento y el proceso no sería ejercido con este fin lícito sino con el propósito perverso de provocar la dilución del aporte de algún socio, para lo cual se aparenta una necesidad de capital fresco que en la realidad es inexistente*».

A manera de resumen, se podría afirmar válidamente que, si bien la Operación Acordeón puede ser una herramienta muy útil para los accionistas y en general beneficiosa para la sociedad, ésta debe ser hecha con precaución, puesto que su mala aplicación podría significar su transformación en un mecanismo de abuso de poder de las mayorías en las sociedades.

No menos cierto es que el análisis sería inconcluso si omitiéramos referirnos al derecho de suscripción preferente respecto de las nuevas acciones que se crean y emitan como consecuencia del acuerdo de aumentar el capital social, ello en atención a que tanto en la demanda como en la sentencia se ha señalado que la Junta de Acreedores se limitó el ejercicio de dicho derecho afectándose la calidad de accionista de la amparista, conculcando su derecho fundamental a

la propiedad, a la libertad de empresa, a la iniciativa privada, etc. Es pertinente destacar al respecto, que el derecho de suscripción preferente es una opción o potestad que incluso tiene el carácter de derecho fundamental o esencial, pero es potestativo hacer uso de este derecho, incluso se puede renunciar a él expresa o tácitamente, o negociarlo, pues, al ser un derecho con contenido económico puede incluso representarse en certificados o títulos destinados a su circulación. Si fuera un derecho constitucional, no podría ser objeto de excepciones, renuncia ni de pacto en contrario conforme ocurre con la exclusión del derecho de suscripción preferente en la sociedad anónima abierta a que se refiere el artículo 253 de la LGS, conforme al cual en el aumento de capital se podrá establecer que los accionistas no tienen derecho preferente para suscribir las acciones que se creen siempre que, entre otros requisitos, el acuerdo cuente con el voto favorable de no menos el 40 por 100 de las acciones suscritas con derecho a voto.

Tampoco existe el derecho de suscripción preferente para los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, ni en los aumentos de capital por conversión de obligaciones en acciones, y no existe tampoco en los aumentos de capital que se ejecutan cuando se hace uso de las opciones a que se refiere el artículo 103, ni en los casos de reorganización de sociedades previstos en la LGS.

Como ya hemos mencionado, los derechos fundamentales son irrenunciables y no admiten excepciones, y es más, en otras legislaciones, predominantemente del *common law*, no existe la figura del derecho de suscripción preferente, lo cual nos lleva a considerar que en la sentencia del TC no se ha hecho una reflexión correcta sobre los alcances de este derecho.

VIII. POLÉMICA SUSCITADA A RAÍZ DE SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

La estrategia corporativa de reducir y aumentar el capital de manera simultánea se reguló en una primera instancia por la Ley de Sociedades Anónimas¹¹, en su artículo 169, que establecía lo siguiente:

«Artículo 169. Reducción y aumento del capital simultáneos.

- 1. El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal solo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima. En*

¹¹ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010).

todo caso habrá de respetarse el derecho de suscripción preferente de los accionistas.

2. *La eficacia del acuerdo de reducción quedará condicionada, en su caso, a la ejecución del acuerdo de aumento del capital.*
3. *La inscripción del acuerdo de reducción en el Registro Mercantil no podrá practicarse a no ser que simultáneamente se presente a inscripción el acuerdo de transformación o de aumento de capital, así como, en este último caso, su ejecución».*

Con la incorporación de la norma legal antes transcrita, se puso fin a las discusiones en torno a la legalidad de este tipo de operaciones.

Como se sabe, dicha Ley está derogada y ha sido sustituida por la Ley de Sociedades de Capital¹², la cual también recoge a la operación acordeón de la siguiente forma:

«Artículo 343. Reducción y aumento del capital simultáneos.

1. *El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal solo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima.*
2. *En todo caso habrá de respetarse el derecho de asunción o de suscripción preferente de los socios».*

Es evidente que, en ambos artículos resalta como requisito indispensable la simultaneidad de los acuerdos y el carácter unitario de la operación, siendo claro el condicionamiento de la existencia del aumento para la procedencia de la reducción a cero del capital social. Sin embargo, como señala el profesor BELTRÁN¹³, con la regulación de dicha figura no se zanjaron todas las discusiones en torno a la Operación Acordeón, quedando pendientes otras cuestiones entre las que destaca la determinación de los requisitos de validez de la operación; y al respecto señala que: *«Para esa determinación resulta obligado partir de la discusión existente con anterioridad a la Ley de reforma, entre los partidarios de exigir un acuerdo unánime de los socios, posición que llegó incluso a plasmarse en la jurisprudencia, y los que estimaban que era suficiente el acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos previstos para las modificaciones estatutarias».*

En otras palabras, la polémica se planteó en que para algunos doctrinarios era necesario, para que la Operación Acordeón prospere, además de la simultaneidad, que todos y cada uno de los accionistas prestan su consentimiento

¹² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

¹³ BELTRÁN, *op. cit.* pág. ...

individual, y que esta figura sea un caso de excepción al principio de la voluntad social a la que se llega con el acuerdo adoptado válidamente en la junta con la mayoría de votos requerida. La posición predominante que apoya BELTRÁN es que si para el acuerdo de disolución de la sociedad, que es el caso más grave, es suficiente el acuerdo de la mayoría, válidamente adoptado con los requisitos de convocatoria y *quórum* exigidos, igual debe suceder con la Operación Acordeón, sobre todo cuando a ella se garantiza la continuidad de sus actividades empresariales.

Dentro de los fundamentos que en la doctrina española se utilizaron para defender la tesis de la unanimidad de todos los accionistas encontramos principalmente que los accionistas tienen derecho a conservar en todo momento tal condición y que solo con su consentimiento se puede reducir su condición de socio a la mera titularidad del derecho de suscripción preferente, además señala que los accionistas que quieran mantener dicho status se ven obligados a suscribir acciones en el aumento de capital, con lo cual indirectamente se le están imponiendo obligaciones sin su consentimiento.

Según BELTRÁN¹⁴: *«Ninguno de esos argumentos puede mantenerse. Partiendo del dato de que la sociedad que ha perdido todo su capital no es una sociedad extinguida y ni siquiera disuelta, la reducción de capital social a cero no constituye un supuesto de privación ilegítima de la condición de socio, sino, simplemente una manifestación de la participación del accionista en las pérdidas sociales hasta el límite de su aportación. (...) Dicho consentimiento solo podrá reputarse necesario cuando la sociedad acuerde la reducción del capital a cero (...) sin que realmente existan pérdidas».*

IX. VIABILIDAD DE SU INCORPORACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL SOCIETARIO

En la actual LGS, en la Sección Quinta del Libro Segundo sobre Sociedades Anónimas, se regula la modificación del estatuto y específicamente el aumento y la reducción del capital social, y en dicha sección no se considera como una opción, ni se prohíbe, la Operación Acordeón, que como se ha descrito, implica una reducción de capital a cero, por haberse perdido la totalidad del capital por efectos de las pérdidas reflejadas en el patrimonio neto, con la consiguiente anulación o cancelación de las acciones y en simultáneo, como un acto único, en la misma junta, aprobar el aumento de capital por nuevos aportes, considerando como tales, inclusive la capitalización de créditos contra la sociedad, en cuyo caso lo que se aportan son los créditos.

¹⁴ BELTRÁN, Emilio, *op. cit.*, pág. 80.

Hemos comentado que en la praxis societaria, ya sea en sociedades regulares, o en sociedades en estado de concurso, como es el caso de CHIQUITOY, se han llevado a cabo operaciones de este tipo, en algunos casos sin objeciones o impugnaciones, por no ser operaciones ilícitas, por no estar prohibidas expresamente, y por contar con la anuencia de los accionistas o de los acreedores o en su caso, expresada en las juntas correspondientes, y es por ello, que en principio no sería necesaria su regulación expresa a través de uno o mas artículos específicos que se adicionen a la Sección quinta del libro segundo de la LGS, anteriormente mencionada.

Sin embargo, y con la finalidad de establecer algunas condiciones de observancia obligatoria que impidan objeciones o cuestionamientos posteriores, se podría regular, en un solo artículo de la LGS, estableciendo lo siguiente:

1. Que se exprese en la convocatoria con claridad y precisión, que se va a proponer y debatir esta operación.
2. Que el acuerdo se adopte cumpliendo con los requisitos de *quórum* y mayoría calificada establecidos en los artículos 126 y 127 de la LGS, dejando a salvo la opción de una junta universal.
3. Que se cuente con estados financieros auditados que demuestren que el patrimonio neto es negativo, por haberse perdido la totalidad del capital pagado. De esta manera, no podría proceder esta operación, y se bloquearía la posibilidad de llevarla a cabo, cuando solamente se ha perdido una parte del capital social, impidiendo que se utilice abusivamente para licuar a los accionistas minoritarios.
4. Que el acuerdo de reducción de capital a cero, sólo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde el aumento de capital, quedando condicionada la eficacia de la reducción de capital, a la ejecución del acuerdo de aumento de capital.
5. Que en todo caso habrá que respetarse el derecho de los accionistas a suscribir las nuevas acciones que se creen por el aumento de capital.
6. Finalmente que la inscripción en el registro público del acuerdo de reducción de capital no podrá obtenerse, a no ser que simultáneamente se presente el acuerdo de aumento de capital y su certificación de su ejecución, debiendo presentarse a calificación, una sola escritura pública en la que se inserte una sola acta de la junta correspondiente.

Es pertinente, a propósito de la propuesta que podría introducirse en la LGS, dejar en claro que la pérdida del íntegro del capital social, no impide la continuación de la sociedad, pues tan solo es una causal de disolución de la misma (art. 407, inciso 4 de la LGS, llevada al extremo). Una vez comprobada ésta, la sociedad puede optar por disolverse definitivamente, o adoptar las medidas correctivas necesarias a través de las cuales sean resarcidas las pérdidas y que

se restablezca el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto, gracias a los aumentos de capital efectuados. Como la Junta General de Accionistas, o de Acreedores, en su caso, conserva plenamente su competencia, puede adoptar un acuerdo que elimine la causal de disolución, y que evite que la sociedad devenga en irregular, con la consiguiente responsabilidad personal y solidaria para sus administradores, y por ello, es lógico pensar que la Operación Acordeón se convierte en la mejor opción para la recuperación de la sociedad.

X. CONCLUSIONES

1. En razón a no haberse hecho una debida valoración y análisis de las pretensiones de la demandante en materia societaria, y por no haberse agotado la vía procedimental del contencioso-administrativo, como lo ordena la ley, es nuestra opinión, que no ha sido acertada, la sentencia del TC, de 4 de abril de 2011, la que en su parte resolutive ordena «la restitución a la demandante de todas las acciones que poseía en CHIQUITOY antes de los acuerdos anulados en la presente sentencia, con todos los derechos que de dicha condición se derivan». Por más que razonemos al respecto, no logramos comprender cómo se va a ejecutar dicha sentencia.
2. El recurso de agravio constitucional debió declararse improcedente y para ello había razones más que suficientes, de un lado la existencia de una vía igualmente satisfactoria alternativa al amparo, como es la acción contencioso-administrativa, y de otro, la prescripción operada por el transcurso del plazo fijado en la ley para la interposición de la acción constitucional.
3. En cuanto al derecho de separación, este es un derecho exclusivo de los accionistas, regulado en el artículo 200 de la LGS, el cual solo opera en los casos taxativamente previstos en la ley, pero se entiende que sólo será viable el reembolso de las acciones, cuando la sociedad cuente con patrimonio neto positivo, y que por lo tanto existan recursos que le permitan asumir dicha obligación frente a los accionistas que ejercieron este derecho, al valor que convengan de común acuerdo, al valor de cotización en bolsa, o al valor en libros, el cual, conforme al mencionado artículo 200 de la LGS, es el que resulta de dividir el patrimonio neto entre el número de acciones. No encontrándose la reducción de capital y menos aún la Operación Acordeón, dentro de los supuestos de procedencia de este derecho, ¿qué se les puede reembolsar o restituir a los accionistas que ejercen este derecho, por haberse opuesto y votado en contra del acuerdo, cuando el capital social se ha reducido a cero, por haberse perdido íntegramente éste,

- por efecto de las pérdidas, y cuando por lo tanto ya las acciones carecen de valor?
4. La sentencia del TC confunde los alcances del derecho de oposición regulado en la LGS, y lo interpreta y aplica equívocamente. En materia societaria es uniforme el criterio por el cual el derecho de oposición es propio y exclusivo de los acreedores, a diferencia del derecho de separación que es propio y exclusivo de los accionistas. En el caso de autos, los acreedores no solamente no se opusieron, sino que estuvieron de acuerdo en que sus créditos se capitalicen, para los fines de superar una situación extrema, e impedir de esta forma la disolución de la sociedad.
 5. En los casos de la reducción de capital voluntaria, por devolución de aportes, o por la exención del pago de los dividendos pasivos conforme lo establece el artículo 258 de la LGS, ella sólo puede llevarse a cabo, luego de treinta días de la última publicación del aviso (tres avisos con intervalos de cinco días) que es el plazo que los acreedores tienen para oponerse. Pero, tratándose de una reducción de capital que tenga por finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto, conforme al primer párrafo del mencionado artículo, puede ejecutarse de inmediato, pues no se le reconoce a los acreedores derechos de oposición alguna, siendo precisamente este caso, el de la sociedad concursada.
 6. Respecto al derecho de suscripción preferente para las nuevas acciones que se creen, conforme hemos mencionado anteriormente, este es opcional o potestativo, es además renunciable expresa o tácitamente, e inclusive puede no existir si así lo acuerda la junta de accionistas (ver art. 259 de la LGS) y por lo tanto está muy lejos de ser un derecho constitucional susceptible de ser transgredido. En el caso de autos, en la propia acta de la junta de acreedores consta que, luego de finalizada la lectura de la propuesta, y efectuadas las explicaciones señaladas, el presidente indicó que si los accionistas tenían alguna propuesta diferente que hacer para reconstituir el capital social, es decir, efectuar los aportes que les correspondían en ejercicio de su derecho de suscripción preferente, o alguna otra propuesta diferente, lo hicieran en ese momento, frente a lo cual, la demandante no dijo nada, y por lo tanto, no asumió el compromiso de hacer su aporte, razón por la cual, el acuerdo quedó aprobado y consumado en el mismo acto. Posteriormente a ello, la accionista demandante ya no podía suscribir acciones, pues perdió la oportunidad de hacerlo. Al respecto, es pertinente tener presente la diferencia entre suscripción y pago de las acciones, pues da la impresión que para el TC, ambos actos se deben producir simultáneamente en un solo acto, lo cual es un imposible que haría

que se deje a la accionista en «indefensión», cuando en realidad son dos fases que pueden ser diferentes en el tiempo, pues los accionistas que decidan suscribir acciones, tienen el derecho a exigir un plazo para el pago de las mismas. En todo caso, pudieron y no lo hicieron, ejercer el derecho de aplazamiento de la deliberación y votación del acuerdo de reducción y aumento simultáneo, conforme lo permite el artículo 131 de la LGS.

7. Que el capital social se reduzca a cero y que se acuerde la anulación de la totalidad de las acciones, no implica que los accionistas, que están presentes en la junta, pierdan automáticamente su condición de socio y su derecho de voto, así como su derecho de suscripción preferente. Sostener lo contrario es asumir una posición, a nuestro entender, extremadamente formalista. Precisamente en la Operación Acordeón, el condicionamiento es recíproco, pues la reducción y el aumento se deben aprobar simultáneamente, únicamente por los propios accionistas presentes en la junta, quienes conservan su condición de tales, y sus derechos correspondientes.
8. Asimismo, la sentencia del TC, de 4 de abril del año en curso, abre la posibilidad de comentar sus aspectos constitucionales respecto a si se han transgredido o no los derechos fundamentales, y determinar cuáles son estos, sus aspectos netamente procesales, y lo que es igualmente importante, nos ha dado la oportunidad de incursionar por primera vez, en la reflexión sobre la viabilidad, legalidad y requisitos de la Operación Acordeón, desde la óptica del Derecho societario.
9. A propósito de la sentencia bajo comentario, sería de singular importancia, con mayor tiempo, claro está, investigar el tratamiento que se le ha dado a la Operación Acordeón en el Derecho Comparado, tanto europeo como latinoamericano, así como reflexionar si vale la pena o no proponer una enmienda a nuestra legislación societaria.
10. Finalmente, tenemos la percepción de que es la primera vez que el TC se pronuncia sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas o de los acreedores en su caso, expresados en acuerdos de sus respectivas juntas, y el resultado no ha sido, en nuestra opinión, el que correspondía a los hechos y a las pretensiones de la demandante, salvo mejor opinión.

Lima, 23 de mayo de 2011

ANEXO

EXP. 00228-2009-PA/TC

LA LIBERTAD

FLOR DE MARÍA IBÁÑEZ SALVADOR

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 27 de junio de 2011

VISTO

El pedido de nulidad de la resolución de fecha 18 de abril de 2011, recaída en el proceso de autos, presentada por don Walter Henry Carranza Casa, apoderado de la Empresa Agraria Chiquitoy, S. A.; y

ATENDIENDO A

1. Que el tercer párrafo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional establece que «[c]ontra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición (...). El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación».
2. Que el recurrente, con fecha 29 de abril de 2011, solicita la nulidad de la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, pedido que debe ser entendido como recurso de reposición, alegando que: i) la citada resolución contraviene lo dispuesto por los artículos 5 y 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (RNTC), los artículos 20, 43 y 120 del Código Procesal Constitucional y los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución, pues considera que dicha resolución vulnera la garantía de jurisdicción predeterminada y el derecho a la tutela procesal efectiva, sosteniendo que el expediente 00228-2009-PA/TC fue resuelto y conocido por el total de los integrantes del pleno del Tribunal Constitucional, mientras que la cuestionada resolución fue resuelta por una Sala *ad hoc* integrada por solo tres de sus miembros, correspondiendo declararse la nulidad de la referida resolución para que su pedido de aclaración sea resuelto por el Pleno del TC; ii) la resolución aclaratoria,

contraviene el artículo 43 del Código Procesal Constitucional, dado que desestima el extremo del pedido de aclaración referido a que se precise la forma como se puede dar cumplimiento la sentencia de autos, pues el régimen accionario de la empresa ha variado sustancialmente desde la separación de la accionante de la Empresa Agraria Chiquitoy, S. A., pues las acciones de esta empresa han sido trasladadas a AGROHOLDING, persona jurídica que no ha participado del presente proceso constitucional; iii) la resolución aclaratoria contraviene el artículo 10 del RNTC y el artículo 20 del Código Procesal Constitucional por haberse aplicado retroactivamente el artículo 10-A del citado RNTC para resolver la controversia, pues sostiene que las reglas que debieron primar para resolver el caso de autos, eran las existentes en marzo de 2009, fecha de la vista de la causa.

3. Que, en primer lugar, cabe precisar que de acuerdo con el artículo 10 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, la adopción de acuerdos por parte del Pleno del Tribunal Constitucional, se efectúan por mayoría simple de votos (lo cual incluye además de otras decisiones, la resolución de los procesos constitucionales de la libertad). A razón de la situación de empate que se presentó en la resolución de los expedientes 04664-2007-PA/TC y 04293-2008-PA/TC, y en otros expedientes que en ese momento se encontraban en trámite, el Pleno del TC conformó una Comisión, con la finalidad de proponer una regla procesal que resuelva los casos en los que se presente empate de ponencias en los procesos constitucionales de la libertad; ello en razón a que la normativa existente no daba respuesta a este escenario procesal. La propuesta realizada por esta Comisión estuvo orientada a superar los problemas que traía la aplicación del *caso Belmont Sanguesa*, en la medida que de acuerdo a este caso el Tribunal simplemente debía inhibirse de resolver al no lograr acuerdo entre sus magistrados; situación que sin embargo no se condecía con el mandato contenido en el artículo 139, inciso 8 de la Constitución (*que establece que no se puede dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley*), ni con la disposición contenida en el artículo 10 del RNTC (*que establece que en ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver*). En dicho contexto, la propuesta hecha por la Comisión estuvo centrada, recogiendo experiencia comparada de otros Tribunales Constitucionales (art. 90 de la LO 2/1979, del Tribunal Constitucional de España, entre otras) en la fórmula del *voto decisorio* y fue sustentada y debatida según las reglas establecidas por el artículo 42 del RNTC en la sesión del Pleno de 15 de marzo de 2011; y finalmente aprobada por mayoría de votos —conforme a lo dispuesto por el art. 10 y 42 del citado Reglamento Normativo—, tal y como consta en

el acta de sesión de dicha fecha. Posteriormente, en la sesión de fecha 17 de marzo de 2011 se aprobó por mayoría la incorporación del voto decisorio al RNTC; decisión del Pleno que encuentra sustento, como ya se mencionó, en los artículos 139.8, 201 y 202.2 de la Constitución, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional y los incisos 11 y 14 del artículo 28 del RNTC.

Bajo este marco expositivo debe quedar absolutamente claro que la regla que otorga un voto decisorio al presidente del Tribunal Constitucional en caso que se produzca un empate de ponencias, no sólo resultaba *legítima* de cara a la normativa precitada, sino que era absolutamente *necesaria* para cumplir el mandato constitucional de *no dejar impartir justicia* en los casos extraordinarios en los cuales no exista otra manera de resolver el litigio constitucional llegado a conocimiento del Tribunal. Contrariamente a lo sostenido por la empresa demandada en su escrito de nulidad, la regulación contenida en el artículo 10-A del RNTC no es una regulación *contra legem* (contraria a la ley), sino que es *praeter legem* (regula una materia no regulada por la ley).

Por lo demás, la potestad de crear *ex novo* reglas procesales, con el objeto de suplir, completar o perfeccionar el ordenamiento procesal constitucional, es una potestad que este colegiado ha asumido como doctrina jurisprudencial en un sinnúmero de resoluciones. Así, en la RTC 0020-2005-PI/TC se ha sostenido que: «El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, *es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales*». En dicha resolución se plantearon en forma enunciativa los temas que podían ser regulados por la autonomía normativa del Tribunal Constitucional, al haberse señalado que: «El espectro es bastante amplio, por ejemplo, respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y *demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto*».

Es en esta perspectiva que la decisión de suplir el vacío normativo indicado, a través de la modificación reglamentaria (lo que le otorga un

mayor grado de seguridad jurídica), es desde todo punto de vista legítima y no puede ser cuestionada, en base a argumentos que en muchos otros casos son aceptados con toda naturalidad. Así, por ejemplo:

- El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional creado mediante la Resolución recaída en el expediente número 00168-2007-Q/TC. En aquella ocasión se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para «realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional», que significó ampliar los alcances del artículo 202 de la Constitución.
 - Otro caso fue el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Poder Judicial creado mediante la Resolución recaída en el expediente número 00201-2007-Q/TC. En esta oportunidad se utilizó la autonomía normativa del Tribunal Constitucional para realizar, por segunda vez, un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional. Se consideró que «de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de *sentencias estimatorias* emitidas en procesos constitucionales (...) para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial», pese a que la Constitución y la ley no lo permiten.
 - Asimismo, la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad creado mediante la RTC número 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados). Al respecto, en la RTC 0006-2009-PI/TC el Tribunal Constitucional reconoce que *«a partir del principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional ha incorporado la figura del partícipe constitucional* (fundamento 23 de la STC núm. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC), el mismo que se incorpora al proceso, sin ser actor, en atención a las funciones que la Constitución les confiere y su funcionalidad en el proceso es la de aportar una tesis interpretativa que enriquezca los puntos de vista que el Tribunal deberá evaluar».
4. Que con relación a la suscripción de la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, efectuada solo por los magistrados que alcanzaron mayoría, cabe citar que en ejercicio de la facultad contenida en el inciso 11 del artículo 28 del RNTC, el Pleno del TC a través del Memorando 001-2008-SR/TC de fecha 2 de enero de 2008, dio a conocer las reglas de trabajo interno para la tramitación de las solicitudes de reposición, aclaración, nulidad o integración al personal del TC, las cuales fueron aprobadas en sesión de pleno, razón por la cual y en atención a dichas reglas, se resolvió el pedido de aclaración de fecha 12 de abril de 2010.

Teniendo en cuenta ello, y que en el caso de autos la aplicación del voto decisorio generó la mayoría para alcanzar una decisión al caso, correspondía únicamente a aquellos magistrados que la suscribieron, dar respuesta a los pedidos posteriores, razón por la cual el primer alegato resulta infundado.

5. Que con relación al segundo aspecto invocado, debe tenerse presente que este colegiado, mediante la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, se ha ratificado en la plena ejecutoriedad del fallo. En todo caso, el juez de ejecución, con las pruebas aportadas al respecto, deberá determinar, de acuerdo a la actual distribución del porcentaje accionarial, la forma cómo deben retornarse las acciones a la demandante, teniendo en cuenta la responsabilidad de las empresas demandadas y las adquisiciones de buena fe que hubieran podido generarse.
6. Que asimismo, teniendo en cuenta los hechos a razón de los cuales se incorporó el voto decisorio como regla procesal para la resolución de casos en los que se produjera el empate de ponencias al interior del TC y que la misma entró en vigencia el 25 de marzo de 2011, la misma le resultaba aplicable al expediente 00228-2009-PA/TC, por aun encontrarse *en trámite*, tal y como se ha efectuado, sin que ello suponga una aplicación retroactiva de las normas procesales. Y es que, conforme se precisó en la resolución aclaratoria de fecha 18 de abril de 2011, *«la aplicación de las normas procesales (en este caso la que incorpora el voto decisorio) se rige por el principio tempus regit actum; esto es, la norma procesal incorporada al ordenamiento jurídico, y salvo mención expresa en contrario, ingresa a regular toda situación al interior del proceso, en el estado en que éste se encuentre»* (FJ 5). Esta aseveración, por lo demás, encuentra sustento en la propia Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, la cual literalmente prescribe: *«Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite»*. Finalmente, este colegiado en uniforme jurisprudencia, ha establecido la aplicación inmediata de las reglas de carácter procesal emitidas a través de un precedente vinculante: a modo de ejemplo pueden verse las sentencias 1417-2005-PA/TC, 0168-2005-PC/TC, 0004-2009-PA/TC, 3052-2009-PA/TC, entre otras. Por lo demás, no tiene asidero alguno la posición según la cual, la aplicación inmediata de la nueva disposición reglamentaria que incorpora el voto decisorio, afecta el principio de seguridad jurídica, pues este principio solo se ve vulnerado cuando se produce una «modificación legislativa» que altera de modo abrupto la situación jurídica de la que venía disfrutando un conjunto determinado de personas, hipótesis que no se presenta con la introducción del voto decisorio, por la sencilla razón que, como ya se dijo, dicha regla no supone modificación legislativa

alguna, sino la incorporación *ex novo* de una norma que reglamenta un supuesto de hecho que antes se encontraba sin regulación normativa alguna. Ninguna *expectativa* pues se ha afectado, de un justiciable que haya pensado que «el empate de ponencias» debía resolverse de determinada manera, y que luego, abruptamente, dicha solución se haya alterado en el curso del proceso.

En algún supuesto, sin embargo, como también lo ha dicho este Tribunal, puede determinarse la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal, pero sólo en el supuesto que la nueva regla suponga la restricción en el acceso a la justicia, o imponga una condición sumamente onerosa para el justiciable. Con el fin de no perjudicar a los justiciables que ingresaron con determinadas reglas de acceso al sistema de impartición de justicia, excepcionalmente la ley o el Tribunal pueden determinar la aplicación no inmediata de la nueva regla procesal. Pero, ¿puede decirse acaso que dicho supuesto estaba presente en el caso de autos? De ninguna manera, estima este colegiado, podría sostenerse razonablemente dicha hipótesis. Y es que, la regla del voto decisorio no afectaba el derecho de acceso a la justicia de la actora, sino, al margen del resultado final del caso, dicha regla permitía el ejercicio de dicho derecho. Lo contrario, esto es, la renuncia a la jurisdicción (como acontecía con el caso Belmont Sanguesa), en cambio sí lo perjudicaba ostensiblemente.

Por último, tampoco puede imaginarse qué derecho fundamental de la parte demandada puede haberse visto afectado por la aplicación inmediata de la regla del voto decisorio, cuando el ejercicio del derecho de defensa en sede del Tribunal, se efectuó ante el Pleno que decidió el caso, sin restricción de ninguna clase.

Por estos considerandos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar INFUNDADA la solicitud de nulidad entendida como recurso de reposición.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

ÁLVAREZ MIRADA

ETO CRUZ

RESUMEN

REDUCCIÓN DE CAPITAL

El autor analiza la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 4 de abril de 2011, sobre un supuesto de operación acordeón, esto es, de reducción de capital social a cero e inmediato aumento de capital con el fin de restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto. A su entender debía haberse desestimado la pretensión por existir otros recursos posibles y porque había prescrito la acción. Además entiende que no existe derecho de restitución, pues el derecho de separación sólo será viable el reembolso de las acciones, cuando la sociedad cuente con patrimonio neto positivo, lo que no ocurre cuando el capital social se ha reducido a cero, por haberse perdido íntegramente éste, por efecto de las pérdidas, y cuando por lo tanto ya las acciones carecen de valor. Entiende que la sentencia del Tribunal Constitucional confunde el derecho de oposición de acreedores con el de separación de accionistas.

ABSTRACT

CAPITAL REDUCTION

The author analyzes the Judgment of the Constitutional Court of Peru on April 4, 2011 on a course of "accordion" operation, that is to say a capital reduction to zero and immediate capital increase in order to restore the balance between social capital and the equity. In his claim should have been dismissed because there other possible resources and because the action had expired. You further understand that there is no right to restitution, as the right separation will only be viable redemption of shares when the society has positive equity, which does not occur when the capital was reduced to zero, and when therefore the shares are worthless. Understand that the Constitutional Court ruling confuses the creditors' right to object to the separation of shareholders.

(Trabajo recibido el 30-7-2012 y aceptado para su publicación el 29-5-2013)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 4 y 7-2-2013
(*BOE* 4-3-2013)
Registro de Madrid, número 29

NOVACIÓN DE HIPOTECA: AMPLIACIÓN DE PLAZO Y RANGO HIPOTECARIO.

Concluye el Centro Directivo que la correcta interpretación del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, es la de considerar que son dos los supuestos en que una novación de un préstamo hipotecario puede provocar que en la parte novada no se mantenga el rango hipotecario inicial: el de incremento de la responsabilidad hipotecaria y el de la ampliación del plazo de amortización. Sin embargo, mientras que en el primero de los casos, para mantener el rango hipotecario, se requiere el consentimiento de los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca novada, en el supuesto de ampliación del plazo solo será necesario el de los titulares de derechos inscritos, no el de los de las anotaciones de embargo.

Resolución de 5-2-2013
(*BOE* 4-3-2013)
Registro de Valladolid, número 2

TITULARIDAD REGISTRAL: NO PUEDE DEDUCIRSE DE LAS INSCRIPCIONES DE OTRA FINCA.

La titularidad de una finca no puede entenderse identificada por lo que resulte de la inscripción de otra finca registral, sino que debe resultar de modo expreso del historial de la propia finca.

Resolución de 6-2-2013

(BOE 4-3-2013)

Registro de Pego

LICENCIAS URBANÍSTICAS: EFICACIA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE CONDICIONES IMPUESTAS EN LAS MISMAS.

Resulta adecuado aplicar, en este caso, a la condición de la licencia que figura en el Registro, los efectos resultantes de, al menos, dos principios hipotecarios resultantes de la legislación hipotecaria sobre los efectos de los asientos: *a)* el de calificación registral a efectos de controlar la inscripción de aquellos actos que sean contrarios a la condición impuesta en la licencia de obras inscrita en el Registro, por resultar así de los asientos registrales, conforme al artículo 18.1.º de la Ley Hipotecaria; y *b)* el de legitimación registral del artículo 38.1.º de la propia Ley Hipotecaria sobre presunción de vigencia de la condición registrada. Por lo anteriormente indicado, no es posible inscribir en este caso la ampliación de una obra nueva en contra del contenido de una condición de la licencia municipal de obra que consta como vigente en el Registro, al no haber sido cancelada, y por ello, con la presunción de que se adapta a lo dispuesto en la ley o en los planes, mientras no se produzca la cancelación de la condición por parte del órgano que la impuso, pues en otro caso, se produciría una contradicción en cuanto al contenido de los asientos registrales y de los respectivos efectos de los mismos, ya que si se admitiera la inscripción de la ampliación de obra pretendida, el Registro publicaría como vigente una condición de una licencia municipal de obras en que se obligaba a no habilitar el sótano para vivienda; y por otra parte, también publicaría como vigente una declaración de ampliación de obra en la que el sótano pasaría de ser un almacén con menor superficie a una vivienda de mayor extensión superficial, y todo ello, sin acreditar tampoco licencia municipal alguna para esa ampliación de obra y consiguiente cambio de uso.

Resolución de 7-2-2013

(BOE 4-3-2013)

Registro de Dos Hermanas, número 2

UNIONES DE HECHO: RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE.

En las uniones de hecho, incluso aunque se hallen inscritas en el Registro administrativo previsto al efecto, no cabe aplicar en defecto de pacto entre los convivientes el régimen de gananciales. Los pactos operarán en cada adquisición en concreto, dado que no cabe hablar de capitulaciones matrimoniales y no existe un Registro con efectos jurídicos de publicidad frente a terceros.

Resolución de 8, 9, 11, 12, 13 y 19-2-2013

(BOE 4, 11 y 19-3-2013)

Registros de Vigo, número 2 y 5, Ferrol, Pontevedra, número 1, La Coruña, número 3 y Redondela

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos», entre muchas otras) que el recurso a esta Dirección General

solo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias del asiento solicitado. No cabe instar recurso alguno frente a la calificación positiva del Registrador por la que se extiende el correspondiente asiento; por ello, admitirse por esta Dirección General la rectificación de errores que pretende la anulación de un asiento, sería lo mismo que admitir el recurso contra una inscripción realizada.

Resolución de 13-2-2013

(BOE 11-3-2013)

Registro de Valencia, número 10

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: POR DEUDAS DE UNA SOCIEDAD CIVIL.

A los efectos de practicar una anotación de embargo sobre una finca propiedad de uno de los socios de una sociedad civil, por deudas de dicha sociedad, debe recordarse que los socios de una sociedad civil responden subsidiariamente de las deudas de dicha sociedad. Pero, para que no se produzca indefensión del demandado, que infringiría el artículo 24 de la Constitución Española, sería necesario que de la documentación presentada resultara: *a)* la inexistencia de bienes de la sociedad demandada, ya que la responsabilidad de los socios no es solidaria, sino subsidiaria, por lo que solo existirá si la sociedad carece de bienes; *b)* la acreditación de que el titular de los bienes es socio; *c)* la parte que el socio titular de los bienes tiene en dicha sociedad, con objeto de dividir la deuda de manera que solo se embargue la parte proporcional a su participación en aquella; y *d)* la intervención en el procedimiento del repetido titular registral.

Resolución de 14-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Santiago de Compostela, número 2

DERECHO DE OPCIÓN: PLAZO DE CUATRO AÑOS.

Para que un derecho acceda al Registro de la Propiedad debe reunir los requisitos establecidos al efecto por el ordenamiento jurídico y en concreto por la normativa hipotecaria. De aquí se sigue que no todo derecho civilmente válido es susceptible de inscripción pues con independencia de tal circunstancia debe reunir los requisitos que permitan su acceso al Registro y que tienen su fundamento en los fuertes efectos que a la publicidad registral de los derechos confiere el propio ordenamiento. Como el propio Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente en relación a la cuestión del plazo del derecho de opción, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario es de plena aplicación a aquellos derechos de opción que deseen acceder al Registro (sentencias de 14 de marzo de 1991, 18 de mayo de 1993 y 29 de mayo de 1996). De dicho precepto se deriva, en relación al plazo, que para poder acceder a los libros registrales, el derecho de opción debe de estar necesariamente sujeto a plazo y que este no debe exceder el de cuatro años. Es cierto que el propio precepto permite un plazo superior en el supuesto de arrendamiento con opción pero solo para este supuesto y con limitaciones.

Resolución de 14-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Valencia, número 10

GARAJES: COUTAS INDIVISAS CON ADSCRIPCIÓN DE USO.

En el presente caso en el que las cuotas transmitidas constan inscritas sin delimitación del espacio físico sobre el que se proyecta el derecho de uso exclusivo asignado, y en el que en el título calificado aparece ahora contenida dicha delimitación mediante descripción de manera individualizada, concreta y detallada de la plaza asignada con expresión de su ubicación, linderos y superficie perimetral (cfr. arts. 68 del RH y apartado 2 del art. 53 del RD 1093/1997, de 4 de julio), debe confirmarse la calificación de la Registradora, pues tal y como está determinado el derecho objeto de la venta implica una verdadera división del local transmitido y una alteración del régimen de comunidad, lo que exige el consentimiento de todos los restantes copropietarios del local (vid. Resoluciones de 6 de septiembre de 2002 y 13 de octubre de 2009). El artículo 53.b) de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, aprobado por Real Decreto 1097/1997, de 4 de julio, impone, para los supuestos de transmisión de una participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, que se incluya en el título «la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su, número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes.

Resolución de 15-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de La Unión, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CARÁCTER UNITARIO. CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

El Registrador de la Propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Ahora bien, también tiene declarado este Centro Directivo que las exigencias formales sobre la calificación ceden ante el superior principio de legalidad que proscribiera el acceso al Registro de los documentos que no reúnan los requisitos prescritos por el ordenamiento por lo que la sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación no afectan a su validez sin perjuicio de las responsabilidades que pueda asumir el Registrador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento Hipotecario. Es evidente en consecuencia que la pretensión del recurrente de que se reconozca que el documento debió ser inscrito no puede mantenerse debiendo añadirse que las «circunstancias del caso» a que se refiere el artículo 127 son especialmente relevantes en este supuesto en el que el cambio de criterio de la Registradora obedece precisamente al expreso pronunciamiento de esta Dirección General sobre un supuesto idéntico provocado por la presentación del mismo documento en otro Registro de la Propiedad. En caso de declaración de concurso, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria es un

efecto inmediato derivado de la jurisdicción universal del Juez de lo Mercantil (arts. 8 y 55 de la LC) y por ello, con independencia del momento concreto en que el Juzgado de Primera Instancia tenga conocimiento y de la Resolución que el secretario adopte al respecto (art. 568 de la LEC), desde el punto de vista sustantivo la suspensión opera salvo que concurran los supuestos de excepción previstos en la Ley. La única excepción posible es que se incorpore testimonio de la Resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Resolución de 18-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Alcalá de Henares, número 1

HERENCIA: ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO.

La aceptación de la herencia es el requisito necesario para poder adquirir el dominio de los bienes del causante. El hecho de que dicha aceptación se haga a beneficio de inventario no altera esa regla, dado que solo añade el efecto de la limitación de responsabilidad. Por tanto, carece de trascendencia real tal especialidad de aceptación, y, consecuentemente, no compete al Registrador comprobar el cumplimiento de los requisitos que prevé el Código Civil para que se efectúe dicha aceptación a beneficio de inventario.

Resolución de 18-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Villacarrillo

PUBLICIDAD FORMAL: EMISIÓN DE NOTAS SIMPLES ENTRE DISTINTOS REGISTROS.

No cabe articular el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a la información registral por otro mecanismo que el sistema FLOTI, que es el aplicativo tecnológico establecido por el Colegio de Registradores en cumplimiento de la encomienda de este Centro Directivo. Debe descartarse el uso del telefax, dada su falta de garantía para el cumplimiento de los requerimientos de la legislación de protección de datos. El Registrador ante el que se presente la petición, para permitir a todos los interesados el uso del sistema y evitar que esta exigencia se convierta en la llamada discriminación tecnológica, realizará la petición que le solicite el particular por el sistema FLOTI y el Registrador que expida la publicidad la remitirá, por este conducto, según se solicite, a la dirección de correo del interesado o a la del Registrador remitente quien, tras recibirla por ese conducto, la entregará al interesado. Cuando la petición de información no se hace presencialmente ante el Registrador competente por razón del archivo que contiene los datos y, por ello responsable único del mismo, esta identificación no puede ser realizada por aquel. Cuando la petición se hace por medios telemáticos es el sistema autorizado, que debe contener los mecanismos seguros de identificación quien lo hace. Pero cuando la petición se hace personalmente ante otro Registrador distinto del titular de archivo, la tarea de identificación recae,

bajo su responsabilidad, sobre el Registrador que recibe la petición y que ha de asegurar que solo esta persona la recibe, evitando así cesiones incontinentes de las que sería responsable. Dentro de esa competencia el Registrador que recibe la petición está obligado a apreciar el interés del peticionario, en su aspecto externo podría decirse, debiendo negar el comienzo del procedimiento caso de apreciar su inexistencia. Pero esta apreciación del interés legítimo por el Registrador receptor de la petición no elimina la obligación que tiene el Registrador titular del archivo que contiene los datos personales, quien, teniendo en cuenta además, el contenido de los asientos valorará ese interés a los efectos de expedir la información o no y el contenido de esta.

Resolución de 19-2-2013
(BOE 19-3-2013)
Registro de Málaga, número 2

ANOTACIÓN DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADADA.

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales, los artículos 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 144.1 del Reglamento Hipotecario exigen que, si no se ha embargado a los dos cónyuges, el embargo dirigido contra uno de ellos, haya sido notificado al otro, que fue lo que el registrador exigió en su primera calificación.

Ahora bien, si, al acreditarse en el Registro tal notificación, en la misma se dice que el cónyuge no es tal, sino excónyuge, como ocurre en el presente supuesto, se está afirmando que la comunidad ganancial no está ya vigente, sino disuelta por lo que se aplica el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario y, si no consta, como es el caso, la liquidación de la misma, debe aplicarse el párrafo primero de dicho apartado, que exige que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges. Ello deriva, como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (vid. las Resoluciones citadas en el «Vistos») de que, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 del CC), se requiere que las actuaciones procesales específicas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la LH).

Resolución de 20-2-2013
(BOE 19-3-2013)
Registro de Fuengirola, número 1

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN.

No es posible acceder a la cancelación de una inscripción de hipoteca por prescripción cuando, de los datos registrales, no está nada claro (más bien parece que no ha vencido la obligación asegurada) que hayan transcurrido los plazos legales de prescripción. Téngase en cuenta que el supuesto regulado en el artículo 82.5 de la Ley Hipotecaria tiene carácter excepcional y por tanto exige una absoluta seguridad respecto al hecho determinante de la cancelación.

Resolución de 20-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Talavera de la Reina, número 1

DERECHO DE VUELO: PLAZO.

Resulta del Registro que el derecho de vuelo se constituyó para ejercitarse en el plazo máximo de diez años a contar desde el otorgamiento de la escritura, sin que se condicionara en modo alguno a la vigencia de la disposición reglamentaria anulada, y sin supeditar el *dies a quo* del cómputo de dicho plazo a la concesión de la licencia municipal para la construcción, por lo que no puede tenerse en consideración cualquier otra fecha distinta de aquella. Por tanto, transcurrido el plazo de caducidad pactado, no cabe ya realizar una cesión de tal derecho de vuelo.

Resoluciones de 21 y 22-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Lucena del Cid y Segorbe

DERECHO DE OPCIÓN DE DACIÓN EN PAGO: PACTO COMISORIO. DERECHO DE OPCIÓN: PLAZO.

Centrándonos en las circunstancias concurrentes en este caso, estas ponen de manifiesto que, aunque se expresa en la escritura que el convenio se establece «para articular el pago de la referida deuda» y que «para su satisfacción concede un derecho de opción de dación en pago», e incluso que la deuda está vencida y líquida, todo lo cual propendería a considerar que la citada opción de dación en pago tiene una función de liquidación, lo cierto es que existe la función de garantía que da lugar al pacto de comiso prohibido, pues no se trata, evidentemente, de una dación en pago respecto a una deuda anterior, que lógicamente sería admisible, sino de una opción de dación en pago, de la que resultan una serie de circunstancias que inclinan claramente a esa función de garantía: *a)* aunque la deuda está vencida y líquida, al pactarse una opción de dación en pago diferida en cuanto al momento de su ejercicio, da lugar a un aplazamiento del pago de la deuda, determinando que se modifica su vencimiento, pues no es exigible mientras no llegue el momento inicial en que se puede ejercitar la opción de dación en pago; *b)* durante ese tiempo la función de garantía de la opción es evidente, pues se mantiene la deuda como no exigible, sin que el concedente esté obligado a pagarla, lo que implica la modificación de su vencimiento y exigibilidad, y durante ese tiempo la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitar o consumir, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas; *c)* incluso en ese lapso de tiempo se refuerza la garantía del optante al establecer una limitación a la facultad dispositiva del dueño, que puede vender pero pagando la deuda en la misma escritura de compraventa; *d)* y aunque la deuda venía establecida con anterioridad a la constitución de la opción, se modifica su vencimiento y exigibilidad en el mismo acto en que se constituye el derecho de opción, con lo que no puede hablarse de pacto «ex intervallo», pues se ha establecido la garantía de la opción en el mismo momento en que se modifica la fecha de vencimiento, que es posterior al momento de constitución

de la garantía como consecuencia de la sujeción del ejercicio de la opción de dación en pago a un término inicial posterior. Como el propio Tribunal Supremo ha manifestado reiteradamente en relación a la cuestión del plazo del derecho de opción, el artículo 14 del Reglamento Hipotecario es de plena aplicación a aquellos derechos de opción que deseen acceder al Registro (sentencias de 14 de marzo de 1991, 18 de mayo de 1993 y 29 de mayo de 1996). De dicho precepto se deriva, en relación al plazo, que para poder acceder a los libros registrales, el derecho de opción debe de estar necesariamente sujeto a plazo y que este no debe exceder el de cuatro años. Es cierto que el propio precepto permite un plazo superior en el supuesto de arrendamiento con opción pero solo para este supuesto y con limitaciones.

Resolución de 22-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Torrox

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN Y SEGREGACIÓN DE UN PISO O LOCAL.

No es posible la inscripción de una sentencia judicial que ordena la segregación de parte de un local de un edificio en propiedad horizontal si no concurre el consentimiento de los copropietarios en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Resolución de 25-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de Ibiza, número 4

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: ACTA DE NOTORIEDAD.

Tratándose de un acta de notoriedad para la declaración de la mayor cabida de una finca, y concurriendo, además de la circunstancia de haberse formado la finca por segregación, una discrepancia muy notable en la cabida en cuanto, como se ha indicado, es casi cinco veces superior a la existente y la imposibilidad de acreditar la titularidad catastral de una de sus porciones, por no conocerse quién es su titular por los datos que resultan del catastro. Por todo ello han de considerarse fundadas y basadas en hechos objetivos, las dudas del Registrador sobre la identidad de la finca.

Resolución de 25 de febrero de 2013

(BOE 19-3-2013)

Registro de la Propiedad de El Ejido, número 1

FINCA REGISTRAL: DUDAS SOBRE SU IDENTIDAD. OBRAS NUEVAS ANTIGUAS EN ANDALUCÍA.

Si de las circunstancias del título presentado y de los antecedentes registrales resultan dudas objetivas sobre la identidad de la finca el acto no po-

drá acceder al Registro. En relación con las obras nuevas por antigüedad en Andalucía, y respecto a la necesidad de aportar el documento administrativo referente a la declaración de la obra en situación de fuera de ordenación, se reitera la respuesta negativa ya plasmada en resoluciones anteriores. Tanto el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, como el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, se refieren, entre otros medios, al otorgamiento de acta notarial descriptiva de la finca, como vehículo para hacer constar en el Registro la terminación de la obra sobre la que no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen demolición, circunstancia en la que se encuentra el título presentado.

Resolución de 26-2-2013

(BOE 21-3-2013)

Registro de Corcubión

DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.

El artículo 313.2 del Reglamento Hipotecario, según redacción dada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, determina que si la doble inmatriculación lo fuere a favor de personas distintas y existiere acuerdo entre ellas, a solicitud suya y con la conformidad, en su caso, de todos los interesados, expresada en escritura pública, se procederá a cancelar o rectificar el folio convenido. Este precepto exige para su debida aplicación, la concurrencia de diversos requisitos. Así, en primer término será preciso que estemos en presencia de una verdadera doble inmatriculación, bien total, bien parcial, por cuanto no cabe la desinmatriculación de una finca registral sin que exista una causa que lo justifique. Nuestro ordenamiento jurídico casualista excluye cancelaciones basadas en un mero consentimiento formal cancelatorio. Es necesario, en consecuencia, que estemos en presencia de una verdadera doble inmatriculación, debiendo resolverse, caso de duda, en sede judicial. En segundo lugar, será necesario que exista acuerdo de los titulares registrales instando este procedimiento cancelatorio. Y, por último, exige el artículo 313.2 del Reglamento Hipotecario la conformidad de todos los interesados, debiendo entenderse por tales todos aquellos que puedan resultar perjudicados por la cancelación o rectificación del folio convenido, sean titulares de derechos inscritos o anotados.

Resolución de 26-2-2013

(BOE 21-3-2013)

Registro de Sevilla, número 15

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS Y LÍMITES

Para el acceso a la publicidad formal del Registro es necesario acreditar al Registrador un interés conocido, directo y legítimo, que debe ser de contenido

patrimonial, debiendo limitarse la publicidad al ámbito de extensión de este interés. Especial celo debe manifestar el Registrador a este respecto cuando se solicita información respecto de asientos ya cancelados. Todo ello sin olvidar el cumplimiento de lo establecido en la legislación de protección de datos personales. Por tanto, si se tienen en cuenta los anteriores razonamientos y, particularmente: *a)* que entre las finalidades institucionales del Registro de la Propiedad no figura la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en los asientos del Registro; *b)* que la publicidad del Registro no puede extenderse a los datos sin relevancia patrimonial ajenos a la finalidad institucional del Registro, ni a los datos carentes de relevancia jurídica obrantes en los históricos registrales, los cuales solo pueden ser cedidos con el consentimiento de su titular; y *c)* que en el supuesto de hecho que nos ocupa, el solicitante no pretende averiguar a través de la certificación solicitada cual es la titularidad o el estado de cargas actual de una finca o cual fue la titularidad o el estado de cargas pasado de la misma; lo que se pretende es conocer los posibles parientes que concurrieron en el otorgamiento de cierto documento junto quien fue titular registral de una finca —en la actualidad está inscrita a favor de otra persona—, para entablar una demanda por deudas de aquella, pretendiendo así utilizar la publicidad del Registro para investigar de modo indiciario posibles llamados a la herencia de una persona, por medio de una certificación literal del íntegro contenido de cierto asiento registral ya cancelado; hay que concluir que no existe en el presente caso el interés legítimo exigido por la Ley para obtener la información registral con el contenido, extensión y forma solicitadas.

Resolución de 27-2-2013

(BOE 21-3-2013)

Registro de Alicante, número 3

RENUNCIA DE LA VIUDA A SUS DERECHOS LEGITIMARIOS: VALIDEZ DE LA EFECTUADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DE HEREDEROS.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1964: «la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente *ope legis*. En definitiva, el llamamiento al heredero lo hace la ley (cfr. art. 657 del CC); mientras que la resolución judicial o el acta notarial se limita a concretar una delación ya deferida (cfr. arts. 979 y 980 de la LEC de 1881 y 209 bis del Reglamento Notarial)». Todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase de procedimientos y podrá ser calificado por el Registrador. La renuncia de la cuota legal usufructuaria puede realizarse aun antes de la formalización notarial de la declaración de herederos. Es cierto, no obstante, que la renuncia a la herencia, para ser válida y eficaz, debe cumplir con diversos requisitos legales en tanto que negocio jurídico unilateral no recepticio, *inter vivos*, voluntario y libre. Uno de tales requisitos es el de la certeza de la delación, y viene enunciado por el artículo 991 del Código Civil en los siguientes términos: «Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia».

Este precepto, como ha subrayado la doctrina, fija dos presupuestos objetivos para la repudiación de la herencia: que haya muerto —o haya sido declarado fallecido el causante—, lo que da lugar a la apertura de la sucesión, y que el repudiante tenga derecho a la herencia, es decir, que se haya producido la delación como llamamiento efectivo a la herencia, con la consiguiente facultad actual de aceptar o repudiar. Además, como requisito subjetivo, se exige que el aceptante o repudiante tenga conocimiento cierto de la concurrencia de los dos presupuestos anteriores. La jurisprudencia más reciente del TS confirma que no es indispensable la previa declaración de herederos para cumplir con este requisito de certeza. La renuncia pura y simple no puede entenderse como aceptación tácita en los términos del artículo 1000 del Código Civil. Tampoco puede mantenerse la nota de calificación en cuanto a su exigencia de que en el acta notarial debe ser declarada heredera del causante, además de sus dos hijos, su esposa en cuanto a la cuota legal usufructuaria. Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyen al cónyuge sobreviviente, en rigor, no lo convierten en heredero y coexisten con los llamamientos testamentario y abintestato.

Resolución de 27-2-2013

(BOE 21-3-2013)

Registro de Belmonte

ESTADO CIVIL: ACREDITACIÓN.

Respecto del estado civil de los otorgantes de escrituras públicas que hayan de acceder al Registro de la Propiedad debe distinguirse claramente entre aquellos casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, es necesario acreditar documentalmente dicho estado, y aquellos otros en los cuales, por no darse tales circunstancias y tratarse solo de completar la identificación de la persona ha de bastar la manifestación del interesado.

Resolución de 1-3-2013

(BOE 25-3-2013)

Registro de Jaén, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.

En virtud del principio de legitimación registral debe rechazarse la pretensión de rectificar una inscripción de herencia en virtud de un acta notarial de manifestaciones otorgada por solo parte de los que en su día otorgaron el título que causó dicha inscripción. Además de que no es el acta, sino la escritura, el título formal adecuado, es imprescindible el consentimiento de todos los titulares registrales para la rectificación del asiento.

Resolución de 1-3-2013
(BOE 25-3-2013)
Registro de Tías

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: SENTENCIA QUE ANULA UNA LICENCIA DE OBRAS SIN INTERVENCIÓN DEL ACTUAL TITULAR REGISTRAL.

En virtud del principio de legitimación registral debe rechazarse la pretensión de inscribir una sentencia que anula una licencia de obras, sentencia que ha sido dictada en un procedimiento en el que no ha intervenido el actual titular registral de la finca.

Resolución de 2-3-2013
(BOE 25-3-2013)
Registro de Sueca

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS DEL CONVENIO. HIPOTECA FLO-TANTE: CASOS EN QUE SE DA.

Las limitaciones establecidas en el convenio de la concursada titular registral constan debidamente inscritas y son, por consiguiente, plenamente oponibles a cualquier titular posterior. La oponibilidad de dichas medidas establecidas en el convenio y aprobadas por el juez que conoce del concurso deriva por consiguiente, no de la aceptación expresa de los posibles efectos rescisorios de un eventual incumplimiento, ni siquiera de que en la inscripción de hipoteca se supedite su eficacia al cumplimiento del convenio, sino precisamente del hecho de que constan debidamente inscritas. El acreedor hipotecario está afectado por el contenido del convenio al constar inscrito previamente por lo que nada añade que acepte expresamente dicha circunstancia o que la hipoteca se modalice en función de las limitaciones contenidas en el convenio. Es el contenido del Registro y no la aceptación a los eventuales efectos de un incumplimiento del convenio lo que hará eficaz la declaración de incumplimiento y los efectos rescisorios subsiguientes (art. 137 de la LC en relación al art. 37 de la LH). Para que una cuenta corriente pueda ser objeto de cobertura hipotecaria la doctrina de este Centro Directivo exige la concurrencia de tres requisitos: determinación en sus líneas generales de las obligaciones que pueden ser cargadas en la cuenta, el efecto novatorio de las obligaciones cargadas en cuenta, sin que se trate de una mera reunión contable y no arbitrio del acreedor respecto de la inclusión de las partidas en cuenta. El hecho de que el banco acreedor pueda libremente determinar si las obligaciones susceptibles de ser cargadas en cuenta lo sean parcialmente provoca que la hipoteca «flote» sin que exista modo de determinar cuál será en definitiva el conjunto de obligaciones que integren la cuenta garantizada. Como ha reiterado este Centro Directivo no es posible la inscripción de la cobertura hipotecaria de una obligación en la que quedaría al arbitrio del banco determinar cuáles de los diversos créditos, o qué partes de los mismos, que tenga o pueda tener en lo sucesivo contra la constituyente, se acogerán a la garantía real (Resoluciones de 6-6-1998 y 2-1-2013, entre otras muchas).

Resolución de 4-3-2013

(BOE 25-3-2013)

Registro de Cuevas de Almanzora

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS EN ANDALUCÍA.

En relación con las obras nuevas por antigüedad en Andalucía, y respecto a la necesidad de aportar el documento administrativo referente a la declaración de la obra en situación de fuera de ordenación, se reitera la respuesta negativa ya plasmada en resoluciones anteriores.

Resolución de 4-3-2013

(BOE 25-3-2013)

Registro de Dos Hermanas, número 1

PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA: REQUISITOS PARA QUE CONCURRA.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el registrador basa su rechazo a la inscripción en el mero hecho de que el negocio jurídico llevado a cabo por las partes es de los que el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, considera actos reveladores de parcelación urbanística. Esta conclusión no puede mantenerse porque de la mera aportación de una finca no urbanizable a una sociedad mercantil no puede seguirse que estemos ante un supuesto de parcelación urbanística. Ciertamente el artículo 66 de la Ley 7/2002 contempla la creación de participaciones sociales como un supuesto revelador de parcelación pero, como ha quedado expuesto, su mera emisión no implica que su titularidad por los socios permita el uso individualizado de una parte determinada de la finca de modo equivalente a una titularidad sobre finca independiente. Para que así ocurra sería preciso bien una convención expresa al respecto bien la concurrencia de cualquier elemento de juicio que así lo pusiere de manifiesto, cosa que no ocurre en el presente supuesto.

Resolución de 5-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro de Mérida, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LEGADO DE CANTIDAD: REQUISITOS.

Para practicar anotación preventiva de legado de cantidad se requiere mandamiento judicial o acuerdo expreso de los interesados. Como consecuencia de la eficacia reconocida en la legislación notariales a los testimonios por exhibición se admite por este Centro Directivo, como regla general, que la copia autorizada de las escrituras pueda ser sustituida por la fotocopia autenticada de la misma, para su acceso al Registro, siempre que se trate de su toma en consideración como documentos complementarios (cfr. Resoluciones de 15 de enero de 1960, 29 de septiembre de 1993, 5 de enero y 5 de septiembre de 2002). No obstante, cuando se trata de obtener la inscripción del título se niega a los testimonios esa eficacia substitutiva respecto de la copia autorizada testimoniada.

Resolución de 5-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro de Mijas, número 1

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD EN ANDALUCÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA: REQUISITOS PARA QUE CONCURRA.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el registrador basa su rechazo a la inscripción en el mero hecho de que el negocio jurídico llevado a cabo por las partes es de los que el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, considera actos reveladores de parcelación urbanística. Esta conclusión no puede mantenerse porque de la mera aportación de una finca no urbanizable a un proindiviso no puede seguirse que estemos ante un supuesto de parcelación urbanística. Ciertamente el artículo 66 de la Ley 7/2002 contempla la creación de proindivisos como un supuesto revelador de parcelación, pero como ha quedado expuesto su mera existencia no implica que su titularidad por los condueños permita el uso individualizado de una parte determinada de la finca de modo equivalente a una titularidad sobre finca independiente. Para que así ocurra sería preciso bien una convención expresa al respecto bien la concurrencia de cualquier elemento de juicio que así lo pusiere de manifiesto, cosa que no ocurre en el presente supuesto. Se reitera la doctrina ya consolidada en fallos anteriores respecto a la no necesidad de aportación del documento administrativo acreditativo de si la obra está en situación de fuera de ordenación para que pueda practicarse la inscripción de una obra por antigüedad. Basta con que en el Registro no conste la anotación preventiva de expediente de disciplina urbanística para que se entienda producida la interrupción, sin que sea exigible una más que complicada prueba negativa sobre la inexistencia de este tipo de expediente.

Resolución de 6-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro de Rota

SENTENCIA POR LA QUE SE DECLARA LA NULIDAD DE UN INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO: REQUISITOS PARA SU ACCESO AL REGISTRO.

Si bien es cierto que el artículo 51, letras *f)* y *g)* del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RDL 2/2008, de 20 de junio) así como el artículo 1.º, apartados 6 y 7 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, establecen que son inscribibles en el Registro de la Propiedad las sentencias firmes en que se declare la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, se añade, seguidamente, que lo serán cuando se concreten a fincas determinadas —e identificables— y que haya participado su titular en el procedimiento, el cual, al menos deberá haber sido notificado y oído (art. 20 de la LH). Deberá producir la sentencia una mutación jurídico-real, aun descriptiva, sobre las mismas (*ex* art. 1 del RD 1093/1997 y 1 de la LH).

Resolución de 7-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro de Fuenlabrada, número 4

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NOTIFICACIÓN AL DEUDOR NO HIPOTECANTE.

La notificación y requerimiento de pago al deudor no hipotecante es un requisito necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en el procedimiento de ejecución de hipoteca.

Resolución de 7-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro de Torrejón de Ardoz, número 3

ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE BIENES INSCRITOS CON SUJECCIÓN A UN RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO NO ACREDITADO: REQUISITOS.

Para anotar un embargo sobre una participación indivisa de una finca inscrita a favor de dos cónyuges extranjeros con sujeción a su régimen económico-matrimonial ha sido hasta ahora necesario, o bien dirigir la demanda contra los dos, o bien acreditar que con arreglo a su régimen jurídico, el régimen aplicable es uno de comunidad equivalente al de gananciales, en cuyo caso sería de aplicación el sistema previsto en el artículo 144.1 del RH. Tras la introducción de un apartado sexto en el citado artículo 144, cabrá aplicar tal procedimiento sin necesidad de probar la vigencia de un régimen de comunidad.

Resolución de 8-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro de Alcalá de Henares, número 4

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: UTILIZACIÓN DEL FAX PARA LAS NOTIFICACIONES.

Resulta con nitidez de la regulación legal que la iniciación de un procedimiento administrativo de ejecución contra el concursado por falta de pago de un crédito contra la masa exige por un lado que este carácter sea indubitado y por otro que el procedimiento concursal se encuentre en la fase procedimental adecuada bien por aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, por aprobación judicial del convenio aceptado por la junta de acreedores o por declaración judicial de apertura de la fase de liquidación (vid. arts. 109, 130 y 142 de la LC), a salvo la excepción del transcurso del plazo de un año. Del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el Registrador dado lo limitado de los medios

de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso. No existe expresamente ninguna habilitación legal para que las comunicaciones entre el Registrador y autoridades administrativas o judiciales se realicen por telefax. A diferencia de las Notarías, no puede extenderse la potestad de presentación por telefax concedida a la autoridad judicial o administrativa a las notificaciones, pues la especial colaboración impuesta entre Notarías y Registros ya desde el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, exige y ampara no solo la presentación del documento autorizado por medios telemáticos o telefax sino la comprobación, antes de autorizar el documento, por la misma vía, de la titularidad y estado de cargas de la finca objeto de transmisión.

Resolución de 8-3-2013
(BOE 11-4-2013)
Registro de Balaguer

HIPOTECA: EXTENSIÓN OBJETIVA RESPECTO DE LA FINCA HIPOTECADA.

Al pactar que la hipoteca se extendería a todos los terrenos que se agregaran, ha de entenderse que se incluyen las operaciones de agrupación, como las que se han realizado. Por ello no cabe concretar la hipoteca sobre la finca sobre la que se constituyó originalmente con ocasión de una operación de división de la finca resultante de la agrupación, a menos que consienta en ello el acreedor hipotecario.

Resolución de 9-3-2013
(BOE 15-4-2013)
Registro de Barcelona, número 12

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: BIENES PRIVATIVOS.

En el supuesto de vivienda familiar de la que son titulares los cónyuges por mitad y pro indiviso, es suficiente el convenio regulador por tratarse principalmente de un convenio con causa familiar que deriva directamente de la nueva situación del matrimonio, y de la misma manera, en la Resolución de 22 de diciembre de 2010, ha concluido que no basta el convenio regulador para adjudicar a un cónyuge bienes privativos del otro.

Resolución de 11-3-2013
(BOE 15-4-2013)
Registro de Alicante, número 3

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: NATURALEZA. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: APLICACIÓN AL CONTRATO DE PRÉSTAMO.

El Tribunal Supremo ha aclarado que el llamado por algunas sentencias de la sala primera «efecto constitutivo» del reconocimiento no supone la extinción

de la deuda anterior o su sustitución por una obligación de distinta naturaleza, sino que con tal expresión se describe el efecto vinculante que el reconocimiento tiene para el deudor, nacido directamente de este negocio jurídico. Por tanto si el reconocimiento de deuda invoca expresamente un préstamo previo, esta será su causa. Es perfectamente posible que un contrato no genere obligaciones bilaterales pero tenga carácter oneroso, y esto es precisamente lo que sucede en el caso del préstamo mutuo, que es un contrato a título oneroso con prestaciones en dinero, por lo que entra plenamente en el ámbito de las disposiciones de la legislación hipotecaria y notarial que exigen la acreditación de los medios de pago empleados. Por otro lado, en nada empece lo anterior el hecho de que la entrega del capital del préstamo haya tenido lugar unos días antes de la fecha del otorgamiento de la escritura, pues, como ha sostenido ya este Centro Directivo (vid. Resolución de 2 de junio de 2010), las exigencias legales sobre identificación de los medios de pago son también aplicables a las escrituras de elevación a público de documentos privados autorizados después de la entrada en vigor de su normativa reguladora.

Resolución de 11-3-2013
(BOE 15-4-2013)
Registro de Baracaldo

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN.

Resulta con nitidez de la regulación legal que la iniciación de un procedimiento administrativo de ejecución contra el concursado por falta de pago de un crédito contra la masa exige por un lado que este carácter sea indubitado y por otro que el procedimiento concursal se encuentre en la fase procedimental adecuada bien por aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio, por aprobación judicial del convenio aceptado por la junta de acreedores o por declaración judicial de apertura de la fase de liquidación (vid. arts. 109, 130 y 142 de la LC), a salvo la excepción del transcurso del plazo de un año. Del estudio sistemático de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal resulta que la consideración de que un determinado crédito es un crédito contra la masa al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el Registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la vis atractiva que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso.

Resolución de 14-3-2013
(BOE 15-4-2013)
Registro de La Coruña, número 6

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

Corresponde al juez del concurso la competencia para ordenar que se practique una anotación preventiva de demanda, anotación que, evidentemente, afecta

al patrimonio del titular registral concursado y debe adoptarse por el órgano judicial competente. Esta necesidad de adopción por el órgano judicial competente, cuya «jurisdicción es exclusiva y excluyente» en términos tanto de la Ley Concursal como de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, basada en motivos de orden público, se encuentra dentro del ámbito de la calificación registral y el Registrador de la Propiedad debe denegar la práctica del asiento solicitado si, como en el presente caso, es dictada por un órgano judicial distinto del órgano judicial que tiene atribuida la competencia concursal.

Resolución de 14-3-2013

(BOE 15-4-2013)

Registro de Torrejón de Ardoz, número 3

HERENCIA: NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA. DERECHO DE ACRECER: REQUISITOS.

Respecto de la cuestión relativa al pretendido acrecimiento que, según se expresa en la escritura calificada se produciría en favor de los legitimarios por el mero hecho de la renuncia a la herencia por la instituida heredera, en modo alguno puede soslayarse en este expediente la literalidad de la disposición de la testadora en sentido de instituir como heredera, en todos sus bienes derechos y acciones, a su hermana (luego renunciante) a quien no designa sustituto, con lo que es evidente que está contemplando la presencia de un único heredero en su sucesión. Por ello la atribución o reserva de legítima que la testadora expresa a la vez en favor de sus padres necesariamente ha de entenderse ordenada no a título universal sino particular, a título de legado, de modo que no puede tener lugar el derecho de acrecer en favor de ellos por la renuncia de la heredera universal instituida. Siendo evidente que la única heredera designada sin sustituto por la causante en su testamento se ha apartado de su sucesión, ha de abrirse la sucesión «abintestato» por ineludible aplicación del artículo 912.3.o) del Código Civil, pues la heredera ha repudiado sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer. Por ello, en este concreto supuesto, la determinación de quiénes sean los llamados requerirá, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el otorgamiento de acta notarial para la declaración de herederos abintestato, instrumento que deviene así título inexcusable de la sucesión hereditaria.

Resoluciones de 19 y 21-3-2013

(BOE 17-4-2013)

Registro de Lepe

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.

Este Centro Directivo tiene declarado ya desde clásicas Resoluciones como la de 27 de noviembre de 1961, dictada en relación a la antigua regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas para procedimiento de ejecución hipotecaria si bien no lleva consigo un cierre registral, sí opera como una condición resolutoria, cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados

con posterioridad al de la hipoteca que sea base del procedimiento. Teniendo en cuenta por tanto la importancia de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, el carácter constitutivo que la inscripción tiene en relación a la hipoteca y sus modificaciones (cfr. arts. 145 y 149 de la LH) y el carácter esencialmente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, la defensa del deudor y las especiales características de la realización extrajudicial de hipoteca, en la que la escritura de venta final ha de otorgarse por el mandatario designado en la escritura de constitución —generalmente el acreedor— y a falta de este por el deudor titular de la finca, debe concluirse la imposibilidad de expedirse certificación de cargas a instancia de quien no figura aún como titular registral de la hipoteca.

Resoluciones de 20 y 21-3-2013

(BOE 17-4-2013)

Registro de Orense, número 3, O Carballiño

RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN EL REGISTRO: REQUISITOS.

Como indicara la Resolución de 3 de octubre de 2012, podría rectificar de oficio el Registrador un error conceptual cuando el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente e independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados. Mas, en este caso, no es el título que causa la inscripción el que ha sido equivocadamente asentado sino que el error deriva de la redacción del Real Decreto de cobertura, jerárquicamente inferior a las normas con rango de Ley que regulan el patrimonio de la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 51 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Será preciso, por tanto, recabar el consentimiento de la Administración titular del dominio según el Registro —comunicación al efecto ya enviada por la registradora—, para, en su caso, proceder a la rectificación del asiento, con su conformidad o bien, en su defecto, resolución judicial firme ordenando la rectificación.

Resolución de 21-3-2013

(BOE 17-4-2013)

Registro de Jerez de la Frontera, número 2

SEGREGACIÓN: FECHA DETERMINANTE DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE.

El principio de irretroactividad impera respecto de la legislación y la jurisprudencia, pero no respecto de la doctrina que las interpreta, y si bien las exigencias de los textos legales vigentes lo deben ser al tiempo del otorgamiento de la escritura, y la calificación del Registrador debe basarse en apreciar que el Notario ha exigido los controles administrativos vigentes en el momento de la autorización, para los actos puramente registrales, lo será respecto de los requisitos y autorizaciones exigibles en el momento de la presentación en el Registro.

Resolución de 22-3-2013
(BOE 17-4-2013)
Registro de Meco

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO.

El artículo 24 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal dispone, congruentemente que, practicada la anotación preventiva de concurso en los bienes o derechos inscritos en Registros públicos a nombre del deudor, no podrá anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 de la propia Ley Concursal. Por lo tanto no ofrece duda que la declaración de concurso, aun provisional, impide anotar cualquier procedimiento de ejecución singular en tanto en cuanto no se acredite en el mismo, mediante testimonio de la resolución del Juez que entiende del concurso, que los bienes concernidos no están afectos a actividad profesional o empresarial del concursado.

Resolución de 1-4-2013
(BOE 23-4-2013)
Registro de Alicante, número 3

PUBLICIDAD FORMAL: EXHIBICIÓN DE LOS LIBROS REGISTRALES.

La expedición de publicidad formal exige que se pruebe, a satisfacción del Registrador, un interés directo, conocido y legítimo en el peticionario. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con las Instrucciones de la DGRN, el Registrador está obligado a la exhibición de los libros registrales a quien ostente y acredite interés, pero debe hacerlo por fotocopia y solo en la parte necesaria para satisfacer dicho interés. Dicha fotocopia no podrá ser retirada ni copiada por el interesado.

Resolución de 1-4-2013
(BOE 23-4-2013)
Registro de Colmenar Viejo, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO.

Tramitado un expediente de dominio para la inmatriculación de una finca, el auto que declara justificado el dominio a favor del promotor del expediente, y en tanto la finca objeto del expediente es parte de otra inscrita, no puede servir para reanudar el tracto sucesivo interrumpido. Por otro lado, deben cumplirse todos los requisitos formales y urbanísticos previstos para las segregaciones.

Resolución de 2-4-2013
(BOE 23-4-2013)
Registro de Olot

OBRA NUEVA: CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA.

No existe ninguna razón que justifique no exigir el certificado de eficiencia energética en una declaración de obra nueva realizada por un autopromotor para uso propio de una vivienda.

Resolución de 2-4-2013
(BOE 23-4-2013)
Registro de Sigüenza

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: PROCEDIMIENTO.

La rectificación de los asientos registrales ha de ajustarse a lo establecido en la legislación hipotecaria y no cabe hacerlo por una mera solicitud privada de uno de los titulares registrales.

Resolución de 3-4-2013
(BOE 23-4-2013)
Registro de Gergal

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ORDINARIA: ANOTACIÓN DE EMBARGO CADUCADA.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado (véase Resoluciones citadas en los «Vistos») que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure*, una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico. Según este criterio, los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la restricción o limitación que para ellos implicaba aquella anotación, y no pueden ya ser cancelados en virtud del mandamiento al que se refiere el artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que solo puede provocar la cancelación respecto de los asientos no preferentes al que se practicó en el propio procedimiento del que dimana.

Resolución de 3-4-2013
(BOE 23-4-2013)
Registro de Ibiza, número 2

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En la calificación impugnada, el Registrador sólo funda sus dudas «por cuanto consta ya inscrito anteriormente otro exceso de cabida mediante acta de notoriedad promovida por un titular anterior». Si, como se ha dicho, la existencia de una previa inscripción de un exceso de cabida, por sí sola, no es argumento

suficiente para dudar acerca de la identidad de la finca, no es menos cierto que cuando, como acontece en el presente caso, ese previo exceso inscrito lo fue en virtud de un acta notarial que acreditó el hecho notorio de la cabida real de la finca, la que se tramita ahora debió justificar por qué ese «hecho notorio» es ahora distinto del acreditado anteriormente. No existiendo tal justificación, la duda del Registrador está plenamente fundada.

Resolución de 4-4-2013

(BOE 14-5-2013)

Registro de Casteldefels

HERENCIA YACENTE: ESPECIALIDADES EN PROCEDIMIENTO MONITORIO DE LA LPH.

Como ha puesto de relieve recientemente la Resolución de 23 de octubre de 2012, nuestro ordenamiento distingue diversos supuestos que reciben un tratamiento legal distinto de acuerdo con las especialidades de cada uno de ellos. En concreto y tratándose de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, bien que se acredite en el mandamiento que se ha emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia, bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente. No obstante, si se trata de un procedimiento monitorio previsto en la Ley de Propiedad Horizontal para la reclamación de cuotas no satisfechas por alguno de los propietarios de los pisos o locales, deben observarse las normas especiales que sobre notificaciones y legitimación pasiva se recogen en dicha Ley.

Resolución de 4-4-2013

(BOE 14-5-2013)

Registro de Torredembarra

INFORME EMITIDO POR EL REGISTRADOR: SUPUESTOS EN QUE TIENE CARÁCTER VINCULANTE. ACTA NOTARIAL PARA RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS Y CALIFICACIÓN CON FUNDAMENTO EN LAS BASES GRÁFICAS REGISTRALES.

Como ya aclaró el TS en su sentencia de 31 de enero de 2001, el informe que emite el registrador a solicitud de un interesado solo puede tener carácter vinculante en los estrictos casos señalados en el artículo 253.3 de la LH. Es procedente que el registrador apoye su calificación para denegar la registración de un exceso de cabida en dudas acerca de la identidad de la finca, basadas dichas dudas en las bases gráficas registrales. Sin embargo, tratándose de un acta de las previstas en el artículo 53.10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, no es exigible que los titulares de las fincas colindantes presten su consentimiento ni que el tracto sucesivo de dichas fincas se halle actualizado.

Resolución de 8-4-2013
(BOE 14-5-2013)
Registro de Madrid, número 17

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS PARA SU EMISIÓN.

No procede emitir una serie de certificaciones solicitadas mediante un escrito en el que lo que realmente se pide es que el registrador se manifieste acerca de determinadas afirmaciones que se vierten en el mismo, poniendo en duda en algunos extremos la validez de asientos ya practicados.

Resolución de 8-4-2013
(BOE 14-5-2013)
Registro de Murcia, número 8

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO UNA VEZ APROBADO EL CONVENIO.

Aprobado el convenio, y en tanto no resulte del mismo ninguna limitación, que en ningún caso pueda suponer exclusión del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (cfr. art. 1911 del CC), debe entenderse que es posible la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas por juzgados o Administraciones distintos del Juzgado de lo Mercantil que lo estuviera conociendo, por cuanto, como proclama el artículo 133 de la Ley Concursal desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso.

Resolución de 9-4-2013
(BOE 14-5-2013)
Registro de Ferrol

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL.

No puede practicarse la inmatriculación ordenada en un expediente de dominio cuando está referida a una superficie integrada en un edificio dividido horizontalmente.

Resolución de 9-4-2013
(BOE 14-5-2013)
Registro de Lillo

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO ORDENADA EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO FISCAL.

Conforme a los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal, la declaración de concurso supone la suspensión y la paralización desde luego de todo procedimiento de ejecución y que no cabe continuidad de los procedimientos ejecutivos que excepcionalmente admiten ejecución separada, hasta que no se acredite en el

mismo, mediante testimonio de la resolución del juez mercantil competente, que los bienes concernidos no están afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.

Resolución de 15-4-2013
(BOE 17-5-2013)
Registro de Almuñécar

OBRA NUEVA EN ANDALUCÍA.

Reitera el Centro Directivo su ya conocida doctrina respecto a la no necesidad de aportar el documento administrativo por el que se declara la obra en situación de asimilado a fuera de ordenación, ni la licencia de ocupación o acreditación de la adecuación de la edificación a los usos permitidos por el planeamiento, como requisitos preciso para inscribir una obra nueva por antigüedad.

Resolución de 15-4-2013
(BOE 17-5-2013)
Registro de Ronda

CUOTAS INDIVISAS: REQUISITOS PARA QUE SE EQUIPARE A PARCELACIÓN URBANÍSTICA.

Este Centro Directivo, en Resolución de 10 de octubre de 2005, ha establecido que sin perjuicio de que la autoridad administrativa, utilizando medios más amplios de los que pueda emplear el registrador, pueda estimar la existencia de una parcelación ilegal, la venta de participaciones indivisas de una finca, no puede traer como consecuencia, por sí sola, la afirmación de que exista una parcelación ilegal, pues para ello sería necesario, bien que, junto con la venta de las participaciones indivisas se atribuyera el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (cfr. Resolución de 12 de febrero de 2001), bien que exista algún otro elemento de juicio, que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación, elemento que no existe en el presente supuesto, por lo que, deducir del solo hecho de la venta de la referida cuota, que existe parcelación, es una conjetura en la que no se puede basar la calificación registral.

Resolución de 16-4-2013
(BOE 17-5-2013)
Registro de Escalona

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO QUE AUTORIZA EL ACTA DE NOTORIEDAD.

Debe reiterarse el criterio de la Resolución de esta Dirección General, de 6 de julio de 2005, según la cual no puede suspenderse la inmatriculación por el hecho de que el acta de notoriedad haya sido autorizada por notario que no tenga competencia territorial en el término municipal donde estén situadas las

fincas, toda vez que no cabe aplicar por analogía lo que se establece para otros casos de inmatriculación.

Resolución de 16-4-2013

(BOE 17-5-2013)

Registro de Valdemoro.

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: MODIFICACIÓN DEL PROYECTO YA INSCRITO.

Habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación y estando inscrito bajo la salvaguarda de los Tribunales, no cabe ya, ni siquiera en el caso de que respondiera a una alteración del planeamiento, e incluso mediante una reiteración íntegra de todos los trámites previstos para el expediente reparcelatorio originario (vid. Resolución de 1 de diciembre de 2008), ni tampoco so pretexto de la realización de una operación jurídica complementaria de la reparcelación de las previstas en el citado artículo 113.3 del Reglamento de Gestión Urbanística (vid. Resolución de 26 de marzo de 2007), introducir en aquel una modificación del alcance de la que ahora se pretende (que desborda claramente lo que es un mero error material o de hecho, como tampoco es una mera previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa, puesto que introduce alteraciones sustanciales en el contenido de los derechos inscritos al punto de alterar completamente su titularidad dominical), y que, en consecuencia queda fuera del ámbito de la aplicación propio de dicho precepto reglamentario. Por tanto, no cabe acceder al reflejo registral de la modificación pretendida si no media el consentimiento de los titulares registrales afectados o la oportuna resolución judicial supletoria.

Resolución de 17-4-2013

(BOE 17-5-2013)

Registro de Jaén, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES AL DE DOMINIO ANULADO POR SENTENCIA.

En el presente supuesto ha sido anotado un embargo por deuda —en el caso tributaria— del titular registral cuya inscripción de dominio es anulada judicialmente. Pero ni consta del mandamiento que el titular del derecho de crédito garantizado haya sido parte en el procedimiento, ni que le haya sido personalmente notificado, ni consta que, en su día, haya sido anotada preventivamente la demanda, publicidad que le hubiera permitido conocer el procedimiento. Por tanto, en cuanto titular de un derecho cuya protección registral pudiera desaparecer en la sentencia con la que culmine el procedimiento, el acreedor no verá cancelado su asiento, que continuará garantizando el eventual procedimiento de apremio contra la finca objeto de anotación.

Resolución de 17-4-2013

(BOE 20-5-2013)

Registro de Rosas, número 2

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: CÓNYUGE CONFESANTE DE LA PRIVATIVIDAD DEL BIEN ADQUIRIDO POR SU CONSORTE.

En el presente supuesto es evidente que la confesión de privatividad es uno de los actos incluidos en el supuesto de hecho del artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria, no solo porque determina una modificación de la titularidad del bien, sino también por su trascendencia tributaria, dado que no se trata de uno de los actos exceptuados de presentación en la Oficina Liquidadora conforme al artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Resolución de 18-4-2013

(BOE 28-5-2013)

Registro de Marbella, número 4

TÍTULO INSCRIBIBLE: REQUISITOS DEL TÍTULO MATERIAL.

No puede inscribirse, por no reunir los requisitos mínimos, una escritura, que se califica de elevación a público de documento privado, por la que se formaliza una oferta de compra de un inmueble —que no se describe sino que simplemente se identifica—, y en la que ni existe bilateralidad de contrato, ni conformidad del propietario, que no comparece, ni si saben si están o no cumplidas las condiciones de la futura compraventa, pues la oferta simplemente se completa con la incorporación de ciertos documentos, que se manifiesta suponen el pago de señal y la recepción de la oferta por quien se dice representante de la entidad bancaria vendedora, sin la más mínima acreditación.

Resolución de 18-4-2013

(BOE 28-5-2013)

Registro de Marbella, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: ADMISIBILIDAD.

No cabe acceder a la anotación preventiva por defecto subsanable cuando la característica del defecto (carecer el documento de trascendencia registral) evidencia la naturaleza insubsanable del mismo.

Resolución de 19-4-2013

(BOE 28-5-2013)

Registro de Madrid, número 2

HERENCIA ÍNTEGRAMENTE DIVIDIDA EN LEGADOS. ALBACEA: FACULTADES.

Tratándose de una herencia íntegramente dividida en legados, corresponde a los legatarios asumir la función liquidatoria del patrimonio hereditario. Exis-

tiendo un albacea autorizado para la entrega de legados, hay que admitir que por acuerdo entre este y los dos legatarios afectados, y de conformidad con la interpretación que resulta más acorde a la voluntad de la testadora, sustituyan un legado en metálico por la entrega de los dos inmuebles con cuya venta se habría obtenido ese metálico.

Resolución de 19-4-2013

(BOE 28-5-2013)

Registro de Orense, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos», entre muchas otras) que el recurso a esta Dirección General sólo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias del asiento solicitado. No cabe instar recurso alguno frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento; por ello, admitirse por esta Dirección General la rectificación de errores que pretende la anulación de un asiento, sería lo mismo que admitir el recurso contra una inscripción realizada.

Resolución de 20-4-2013

(BOE 28-5-2013)

Registro de La Vila Joiosa, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no puede procederse a su rectificación sin el consentimiento de sus titulares o sentencia dictada en procedimiento judicial seguido contra los mismos.

Resolución de 25-4-2013

(BOE 28-5-2013)

Registro de Baza

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN ORDINARIA: FALLECIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL DEMANDADO.

Tratándose de un caso en el que el titular registral que en su momento fue demandado, fallece después de practicada la anotación de embargo, debe el registrador comprobar que durante el proceso se ha realizado adecuadamente la sucesión procesal a los efectos del tracto sucesivo, determinando si se ha demandado a la herencia yacente (en los términos que este Centro Directivo tiene establecidos) o a quienes se acredite adecuadamente que son sus herederos.

Resolución de 25-4-2013
(BOE 28-5-2013)
Registro de Madrid, número 4

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTOS COLECTIVOS. PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD.

La distinción entre actos colectivos y los que afectan *uti singuli* a cada propietario, solo supone admitir dos formas distintas de manifestar la voluntad de los titulares de los pisos y locales del edificio. Pero el hecho de que en los colectivos se admita que la voluntad de los propietarios se preste por los cauces del acuerdo adoptado en junta de vecinos, no supone que se exceptúen los demás principios registrales. En este sentido, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que determina que en los supuestos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado. La recta aplicación del principio de inoponibilidad recogido en el artículo 32 de la LH implica la prevalencia de los títulos inscritos frente a los que no han accedido al Registro.

Resolución de 26-4-2013
(BOE 29-5-2013)
Registro de Manacor, número 2

HIPOTECA: PLAZO.

El plazo es un elemento esencial en la hipoteca. Tratándose de hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición suspensiva, si de la misma condición no resulta un plazo, será necesario fijar uno específico para el vencimiento de la obligación asegurada desde que se produzca su nacimiento.

Registro Mercantil

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 5-2-2013
(BOE 18-3-2013)
Registro Mercantil de Madrid

CUENTAS. AUDITORÍA. SOCIEDADES DEL SECTOR PÚBLICO.

Se les aplica la normativa general mercantil en el sentido de que, si no alcanzan dos de los límites establecidos en los artículos 257 y 258 LSC en dos

ejercicios consecutivos, pueden acogerse al modelo abreviado y no requieren informe de auditoría. Actualmente, la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2011, que aprueba la Ley de Auditoría no puede generar confusión al respecto porque hay disposiciones con rango de ley que dejan clara la cuestión (DF 1.ª de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y art. 85.ter de la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local).

Resolución de 9-2-2013

(BOE 11-3-2013)

Registro Mercantil de Navarra

ADMINISTRADORES. NÚMERO DE CONSEJEROS. DURACIÓN.

Si los estatutos señalan como plazo de duración del cargo de administrador seis años, la junta no puede fijarlo en otro diferente.

Si en los estatutos se establece una mayoría del 85 por 100 del capital para adoptar el acuerdo de determinación del número exacto de consejeros y en los asientos registrales consta que el número quedó fijado en cuatro, no es inscribible el acuerdo, nombrando tres consejeros adoptado por una mayoría inferior y ello aunque, como consecuencia de sucesivos ceses, nombramientos y renunciaciones quedó el consejo reducido a dos.

Resolución de 11-2-13

(BOE 11-3-2013)

Registro Mercantil de Navarra

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. WEB.

En el supuesto contemplado se resuelve que se puede inscribir el acuerdo de creación de web corporativa sin necesidad de modificar el artículo de los estatutos, relativo a la convocatoria, pues este solo establece un sistema de anuncio adicional al legal para las juntas extraordinarias.

Sorprende que se declare que, si existe en los estatutos una especial forma de convocatoria en sustitución de la legal, no sería posible hacer constar el acuerdo de creación de la web si no se modifican los estatutos en lo relativo a la forma de convocatoria. La constancia de la web corporativa puede ser importante a otros efectos, no solo para la convocatoria, y cualquier sociedad puede tenerla.

Resolución de 16-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. FORMA. CALIFICACIÓN. ESTATUTOS. INTERPRETACIÓN DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN.

En el caso de emplearse medios privados de convocatoria en la certificación debe quedar acreditada tanto la fecha como la forma concreta en que ha sido

realizada, pues ello es necesario para que el Registrador pueda calificar su regularidad y que se ha remitido a todos los socios y con la antelación debida. No puede entenderse cumplida esta obligación con una referencia general a que la convocatoria se ha hecho conforme a los estatutos.

Ante una contradicción entre una disposición estatutaria que establece un *quórum* para la modificación de estatutos con una fórmula igual a la legal y otra que exige un quórum reforzado del 80 por 100, debe prevalecer esta última, por aplicación de las reglas de interpretación de los contratos —voluntad de las partes— y de las normas —regla especial sobre general—.

El concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en los estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, dentro de los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se quiera establecer. En ningún caso puede quedar al arbitrio de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas que pueden ser cumulativos pero no alternativos. Por ello no es admisible la expresión «fijando anualmente la junta la remuneración».

Resolución de 23-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro Mercantil de Alicante, número IV

CUENTAS. AUDITORÍA.

No cabe equiparar la emisión del informe de auditoría con la denegación de informe por falta de medios o por falta de pago. En este caso no puede efectuarse el depósito.

Resolución de 25-2-2013

(BOE 19-3-2013)

Registro Mercantil de Madrid, número XIX

ESTATUTOS. MODIFICACIÓN. DOMICILIO. CALIFICACIÓN. NOTA. RECURSO.

El administrador puede cambiar el domicilio social dentro del mismo término municipal y modificar el correspondiente artículo estatutario a estos efectos, pero no suprimir, como hace, el segundo párrafo de dicho artículo.

Se reitera la doctrina de que no basta con la mera cita de un precepto legal o una resolución, sino que debe justificarse la razón de su aplicación y su interpretación. Pero, a pesar de lo escueto de la nota, no existe indefensión del recurrente puesto que el registrador no ha alegado en su informe nuevas razones, sino una aclaración de lo que ya constaba en la propia nota.

Resolución de 26-2-2013

(BOE 21-3-2013)

Registro Mercantil de Asturias

JUNTA. CONVOCATORIA. COMPETENCIA. NOTIFICACIÓN A LOS SOCIOS. SEGUNDA CONVOCATORIA. ACUERDOS SOCIALES. ELEVACIÓN A PÚBLICO. COMPETENCIA. ADMINISTRADOR. CESE. ARTÍCULO 111 RRM. DISOLUCIÓN. CAUSA. *QUÓRUM*.

En sede de SL no es admisible la celebración de junta en segunda convocatoria.

La competencia para convocar corresponde a los administradores. Si son dos mancomunados debe realizarse por los dos. No puede soslayarse la intervención de uno de ellos ni puede aceptarse que el otro sea representado por un tercero.

No puede rechazarse la inscripción si de la documentación resulta que la sociedad tiene dos socios y que la notificación ha sido recibida por el no compareciente.

La causa de la disolución debe resultar del título presentado. Si es por acuerdo puramente voluntario se requiere la mayoría reforzada prevista para la modificación de estatutos.

En caso de normalidad societaria cabe el acuerdo de que el cese del administrador sea efectivo en fecha determinada y facultarle para la elevación a público del acuerdo difiriendo su cese al momento de instar la inscripción en el Registro Mercantil. Pero ello no es posible en caso de disolución en que se produce el cese incondicional del administrador y su sustitución por el liquidador. En este caso no puede facultarse al administrador saliente para elevar a público porque no tiene su cargo vigente.

En caso de cese de dos administradores mancomunados y comparecer o firmar uno de ellos, es necesario notificar al otro a efectos del artículo 111 RRM.

Resolución de 27-2-2013

(BOE 21-3-2013)

Registro Mercantil de Madrid, número XVII

PODER. MANCOMUNADO.

A diferencia del supuesto de más de dos administradores mancomunados, no es necesaria la especificación del modo concreto de actuación de varios apoderados nombrados para que ejerzan determinadas facultades conjunta o mancomunadamente.

Resolución de 28-2-2013

(BOE 21-3-2013)

Registro Mercantil de Barcelona, número XII

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

No puede practicarse anotación de una demanda contra una sociedad relativa a la reclamación de una cantidad en la que se alega que su finalidad es

impedir la extinción de la entidad deudora que está disuelta. Nuestro sistema de anotaciones es *numerus clausus* y esta no está prevista, pues la resolución judicial firme que posteriormente pueda recaer no podrá producir como resultado incorporar un hecho, acto o negocio susceptible de ser directamente inscribible. Lo mismo ocurre con las demandas dirigidas a obtener una acción de responsabilidad del administrador o una querrela criminal sobre la titularidad de acciones o participaciones.

Resolución de 4-3-2013

(BOE 25-3-2012)

Registro Mercantil de Valencia, número VI

CUENTAS. AUDITORÍA. COINCIDENCIA CON LAS CUENTAS.

La certificación de que las cuentas depositadas se corresponden con las auditadas se exige con la finalidad de que los administradores asuman la responsabilidad de que el informe de auditoría presentado es el relativo precisamente a las cuentas cuyo depósito se solicita. Pero no es imprescindible que se haga en la propia certificación del acuerdo de aprobación de las cuentas ni con esa fórmula sacramental. Aunque en el caso debatido no se hace con excesiva claridad, se considera cumplida la obligación porque en la certificación consta que las cuentas aprobadas y el informe de gestión... se presentan... conjuntamente con el informe de auditoría sobre dichos documentos.

Resolución de 5-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro Mercantil de Madrid, número XI

OBJETO. SOCIEDAD PROFESIONAL.

El «asesoramiento jurídico» constituye una actividad profesional para cuyo desarrollo se requiere titulación profesional por lo que entra dentro del ámbito imperativo de la Ley 2/2007 a menos que expresamente se manifieste que constituye una sociedad de medios, de comunicación de ganancias o de intermediación para, como dice la STS de 18-7-12, dar certidumbre jurídica y que «la sociedad sea lo que parece y parezca lo que es» garantizando así el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contratan con la sociedad.

Resolución de 6-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro Mercantil de Asturias, número II

ADMINISTRADOR. RENUNCIA. CONVOCATORIA CON CARGO NO VIGENTE.

La resolución explica la evolución de la doctrina en torno a la renuncia de los administradores distinguiendo según dejen o no al órgano de administración inoperante y si se mantiene o no en el cargo algún administrador que pueda convocar junta.

En el supuesto examinado —renuncia del administrador único aceptada en junta que acordó no nombrar nuevo administrador— es nula la convocatoria por ese administrador que figura ya como cargo no vigente.

Resolución de 7-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro Mercantil de Valencia, número II

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN.

El concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en los estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, dentro de los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se quiera establecer. En ningún caso puede quedar al arbitrio de la junta general su elección o la opción entre los distintos sistemas que pueden ser cumulativos pero no alternativos. Por ello no es admisible la expresión, «la cuantía concreta la decidirá cada año la junta».

Resolución de 12-3-2013

(BOE 15-4-2013)

Registro Mercantil de Madrid, número XIV

TRANSFORMACIÓN. SOCIEDAD DISUELTA.

Una S. A. disuelta de pleno derecho al no haber aumentado en plazo su capital social, según establecía la Disposición Transitoria 6.^a 2 LSA, puede transformarse en S. L., sin necesidad de un previo o simultáneo acuerdo de reactivación. La aparente contradicción entre el artículo 370 LSC y el 5 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales al ser esta ley especial y, por tanto de aplicación preferente. Este último permite la transformación de una sociedad disuelta en liquidación. La sociedad permanece, tras la transformación, en situación de disolución, quedando sometido el socio a las previsiones de dicha ley en orden a la subsistencia de sus obligaciones (art. 11), participación en la sociedad transformada (art. 12), derecho de separación (art. 15), titulares de derechos especiales (art. 16) y responsabilidad por las deudas sociales (art. 21).

Resolución de 13-3-2013

(BOE 11-4-2013)

Registro Mercantil de Barcelona, número VIII

SOCIEDAD PROFESIONAL. CAMBIO DE SOCIOS.

La literalidad del artículo 8.3 de la Ley 2/2007 al referirse a «cambio de socios» y a «la transmisión de participaciones sociales» pudiera permitir que una escritura recogiera el mero cambio de socios, pero en tal caso debería expresar

los pormenores del negocio transmisivo en todos los elementos que señalan los artículos 8 y 12 de esa ley: identificación de las transmisiones, sus elementos esenciales; precio o valoración; acciones transmitidas; consentimiento de los restantes socios; datos profesionales; solicitud de anotación en el libro registro.

Resolución de 16-3-2013
(BOE 15-4-2013)
Registro Mercantil de Castellón

OBJETO. SOCIEDAD PROFESIONAL.

Modifica doctrina tras la STS de 18-7-2013. Se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto se incluyan actividades que constituyan el objeto de una profesión titulada de manera que, cuando se quiera constituir una sociedad distinta y evitar la aplicación de la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente. O que se trata de una sociedad de medios, de comunicación de ganancias o de intermediación. No basta con decir que esas actividades se realizarán por medio de los correspondientes profesionales.

Resolución de 19-3-2013
(BOE 17-4-2013)
Registro Mercantil de Orense

OBJETO. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO.

La «mera administración del patrimonio de los socios» es una actividad lícita y posible que puede constituir el objeto social. Ciñe «las actividades de gestión y administración» que admite como objeto la Orden JUS/3185/2010 al patrimonio de los socios y además está reconocida legalmente la Disposición Adicional 27.^a 2 del TR de la Ley General de la Seguridad Social.

Resolución de 3-4-2013 - 23-4-2013
Registro Mercantil de Valencia, número II

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN. INSCRIPCIÓN PARCIAL.

La cláusula «una asignación fija ... sin perjuicio del pago de los honorarios profesionales o de los salarios que puedan acreditarse ... en razón de la prestación de servicios profesionales o de la vinculación laboral del administrador con la compañía para el desarrollo de otras actividades en la misma...» es admisible. Dejando al margen las sociedades cotizadas, la DG examina «la doctrina del vínculo» y resuelve que no sería admisible en una SL una cláusula que estableciera que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de una retribución (cuyo sistema se describa), otros sueldos u honorarios en virtud de contratos laborales, civiles o mercantiles cuya celebración se contempla en los estatutos. Pero admite la cláusula debatida, aunque la califica de redacción poco feliz, pues se limita a contemplar la eventualidad de que el administrador realice otras actividades que deben entenderse que serán

ajenas a las facultades de gestión y representación inherentes a su cargo. La considera inocua, aunque innecesaria, y puede además referirse implícitamente a servicios prestados por los administradores, *ex* artículo 220 LSC, para cuyo establecimiento o modificación es necesaria autorización expresa y *ex casu* de la junta, sin que esta obviedad necesite ser precisada en estatutos.

Para practicar inscripción parcial en este caso no basta con la solicitud genérica, puesto que si no se inscribe la cláusula entra en juego la presunción de gratuidad.

Resolución de 4-4-2013

(BOE 14-5-2013)

Registro Mercantil de Madrid, número XIX

APORTACIÓN. RECTIFICACIÓN DE LA VALORACIÓN DE APORTACIÓN NO DINERARIA.

La legislación no contempla la rectificación de la cifra de capital social inicialmente fijada en los estatutos inscritos por causa de la revisión de las valoraciones efectuadas de las aportaciones no dinerarias. No se puede rebajar la cifra del capital en perjuicio de terceros sin respetar los requisitos previstos en la ley para la reducción de capital.

Resolución de 5-4-2013

(BOE 14-5-2013)

Registro Mercantil de Madrid XIII

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN.

Aunque se apunta que la redacción no es afortunada, se acepta un pacto estatutario que establece que el administrador no percibirá retribución por el ejercicio del cargo mientras dura, pero sí tiene derecho a una retribución compensatoria cuando deje el cargo por jubilación que complemente la pensión por jubilación. Es una fórmula habitual en el tráfico mercantil y que el legislador contempla en contribuciones a planes de pensiones y pago de indemnizaciones por el cese en sociedades cotizadas. La previsión estatutaria deja a los interesados a resguardo de impugnaciones por nulidad de la cláusula de blindaje societario en aplicación de la doctrina del vínculo, como sucede cuando se pacta fuera de estatutos en contrato laboral (de alta dirección) o en otro contrato civil o mercantil (como el de arrendamiento de servicios) una retribución por el simple ejercicio de funciones directivas y de representación.

Resolución de 6-4-2013

(BOE 14-5-2013)

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número I

FUSIÓN. REGISTRADOR COMPETENTE PARA CALIFICAR.

La operación debe calificarla el registrador de destino. El registrador correspondiente a la sociedad absorbida se limita a verificar en el depósito del proyecto

que el documento es el previsto por la ley y que está debidamente suscrito. En ese momento puede rechazar el depósito si considera que el documento presentado no reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento. Y posteriormente debe hacer constar la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión: falta de tracto sucesivo, de depósito de cuentas, prohibición judicial... pero no califica el negocio jurídico cuya inscripción se pretende.

Resolución de 8-4-2013

(BOE 14-5-2013)

Registro Mercantil de Alicante, número III

PARTICIPACIONES. EMBARGO.

No cabe tomar anotación de embargo de participaciones sociales. En el Registro Mercantil rige el sistema de *numerus clausus*. No todo acto, negocio o resolución administrativa o judicial es susceptible de inscripción o anotación, sino solo las que admita una ley o el RRM. El Registro no tiene por objeto la constatación y protección del tráfico jurídico de acciones y participaciones, sino la estructura y régimen de funcionamiento de las sociedades.

Resolución de 11-4-2013

(BOE 17-5-2013)

Registro Mercantil de Valencia, número II

SEGUNDA COPIA.

En los casos de presentación de segunda o ulterior copia de un documento inscrito para que se consignen en él los datos de inscripción, la actuación del registral debe concretarse en la expresión de que el documento presentado no se inscribe por cuanto otra copia del mismo está debidamente inscrita, en su caso en unión de los documentos complementarios o subsanatorios que en su momento causaron dicha inscripción, en los términos que figuran en el asiento, con la correspondiente consignación de los datos registrales del asiento. Ello aunque el Registrador aprecie que hay discrepancia entre lo que consta en la segunda copia y lo que figura en el registro en virtud de la primera.

Resolución de 12-4-2013

(BOE 17-5-2013)

Registro Mercantil de Ciudad Real

SOCIEDAD PROFESIONAL. TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES.

Tras resumir las características y requisitos de las sociedades profesionales, se señala que no pueden tener la cualidad de socios profesionales las personas en que concurra causa de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión que constituye el objeto social o que se encuentren inhabilitados. Respecto a la inexistencia de inhabilitación, se acredita con el certificado colegial. En cuanto a la ausencia de incompatibilidad, no existe norma que obligue al interesado a

manifestarlo, sin perjuicio de que si el colegio profesional fuere accesible de oficio por el registrador, este lo consulte para realizar su calificación.

Resolución de 24-4-2013
(BOE 28-5-2013)
Registro Mercantil de Madrid

JUNTA UNIVERSAL. ORDEN DEL DÍA.

Para que una junta pueda ser considerada universal debe estar presente todo el capital social, aceptar unánimemente su celebración y el orden del día. En el caso contemplado asisten todos los socios, pero se adopta un acuerdo que no figuraba en el orden del día. El voto en contra de un socio implica también su negativa a su inclusión en el orden del día, sobre todo al anunciar impugnación del acuerdo. Sólo se podría inscribir el acuerdo si se hubiera adoptado por unanimidad.

Resolución de 26-4-2013
(BOE 29-5-2013)
Registro Mercantil de Alicante

REDUCCIÓN. ADQUISICIÓN Y AMORTIZACIÓN DE PARTICIPACIONES.

Supuesto de hecho: Acuerdo de adquisición de participaciones propias por precio de 181.920 euros y de reducción de capital por su amortización por importe de 364.446 euros, que es la suma de su valor nominal. Es una reducción mixta en la que la tutela de los acreedores queda asegurada por el importe recibido por el socio que vende (art. 331 LSC). El registrador debe cerciorarse de que también queda asegurada por la diferencia hasta el total reducido.

Contablemente, según el PGC, la diferencia entre el importe de adquisición de acciones o participaciones y su valor nominal se carga o abona, según proceda, a las cuentas del subgrupo 111 (Reservas y otros instrumentos de patrimonio neto); se abona o dota una cuenta compensatoria de neto patrimonial.

Desde la perspectiva estrictamente societaria, la necesaria tutela de los acreedores por esa diferencia se consigue instrumentando la operación de alguna de estas formas:

- a) Por compensación de pérdidas, que es lo que ocurre usualmente cuando se reembolsan participaciones por precio inferior al valor nominal (Resolución de 27-3-2001).
- b) Imputando la diferencia a reservas voluntarias a modo de «prima de amortización» inversa a la que se produce en emisión sobre la par. Se dota una reserva *ex* artículo 317.1 (cuenta 113) que es libremente distribuible, pero responden los socios restantes de las deudas sociales hasta el importe de dicha reserva (Resolución de 25-1-2011).
- c) Llevando la diferencia a una reserva indisponible de los artículos 332.2 y 141.1, «Reserva por capital autorizado» (cuenta 1142) (Resoluciones de 27-3-2001, 24-5-2003 y 25-1-2011).

Debe resultar del título cómo se instrumenta la reducción en cuanto al saldo diferencial y el cumplimiento de los requisitos legales, según se haya imputado aquel (Resolución de 26-4-2013).

Resoluciones de 27, 29 y 30-4-2013

(BOE 29-5-2013)

Registro Mercantil de Huelva

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN. CONDICIÓN.

Se rechaza la cláusula que prevé que «el cargo de administrador será retribuido siempre y cuando éste desarrolle funciones de gerente o de personal de alta dirección». Por un lado otorga un trato desigual en la remuneración de los administradores no en función del ejercicio de un cargo que lleve aparejado funciones singulares, sino de la realización de unas tareas que son iguales para todos al ser inherentes al cargo (gerente, alta dirección...). Por otro lado deja al arbitrio de la junta la apreciación de si un administrador concreto ha llevado a cabo las tareas encomendadas.

En los casos de administración solidaria o mancomunada carece de justificación prever un trato desigual en la remuneración de los administradores pues todos están llamados a llevar a cabo la gestión de la sociedad. En caso de Consejo sí cabe atribuir a unos administradores una retribución y a otros ninguno o una menor en función del cargo que ostenten: Consejero delegado, Presidente, miembro del Consejo Consultivo...

Registro de Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 15-3-2013

(BOE 15-4-2013)

Registro de Bienes Muebles de Santander

ADJUDICACIÓN. PROCEDIMIENTO DE APREMIO.

La adjudicación de un buque, derivada de un procedimiento de apremio, es inscribible aunque el embargo no haya sido anotado o la anotación que en su día se practicara hubiese caducado. La resolución judicial de la que resulta la transferencia del dominio debe ser firme.

Si el buque se encuentra inscrito a nombre de una persona con carácter presuntivamente ganancial debe resultar indubitado que el titular registral ha sido parte en el procedimiento y que su cónyuge ha sido notificado.

Debe determinarse la cuota matemática que corresponde a cada uno de los dos adjudicatarios.

Resolución de 2-4-2013 - 23-4-2013

Registro de Bienes Muebles de Valencia, número IV

HIPOTECA MOBILIARIA. MAQUINARIA. VEHÍCULOS.

No basta con acompañar el permiso de circulación. El notario debe anotar la constitución de la hipoteca en el mismo, dadas las restricciones para su libre circulación.

Son las mayores o menores posibilidades de identificación las que determinan la admisión de HM o PSD. Solo son susceptibles de HM los bienes cuya identificación sea semejante a la de los inmuebles. La maquinaria industrial puede ser objeto de HM como objeto independiente, o como consecuencia de la extensión de una HM de establecimiento mercantil, o de la extensión paccionada de una hipoteca inmobiliaria. Si se utiliza la primera opción se exige una identificación rigurosa: marca, modelo, número de fabricación o de serie (matrícula, número de bastidor si es un vehículo).

Debe resultar de la escritura que la maquinaria se destina a la explotación de la industria en que se ubica pues, en otro caso, Solo puede ser hipotecada como un elemento más del establecimiento mercantil cuando este se hipoteque, o de forma autónoma ser objeto de PSD.

Debe distribuirse la responsabilidad entre los bienes hipotecados.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 600/2013 de 1-3-2013

(DOGC 27-3-2013)

Registro de Barcelona, número 6

HEREDERO DE CONFIANZA: CADUCIDAD.

El objeto de este recurso consiste en determinar si, muerto el heredero de confianza sin haber dispuesto de uno de los bienes de la herencia, este tiene que pasar a la herencia de la testadora con apertura, si procede, de la sucesión intestada, o bien pasa a integrarse en la herencia del heredero de confianza. Hay que concluir que la muerte del heredero de confianza sin haber efectuado ningún acto dispositivo sobre un bien de la herencia supone la caducidad de la institución. La falta de inscripción al Registro de ningún acto dispositivo o de revelación de la confianza sobre un inmueble permite presumir esta caducidad mientras no se pruebe otra cosa.

Resolución 3416/2012 de 29-11-2012

(DOGC 17-4-2013)

Registro de San Boi de Llobregat

RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR: ÁMBITO.

La Ley 5/2009 regula el régimen de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o de sus cláusulas concretas que se tengan que inscribir en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña. Cuando la calificación ha sido positiva y la escritura ha dado lugar a un asentamiento de inscripción, la inscripción está bajo la salvaguarda de los tribunales de justicia y no hay lugar al recurso gubernativo. No es posible, pues, interponer recurso gubernativo contra una inscripción, porque la inscripción comporta, por definición, una calificación positiva en virtud de la cual, el Registrador, ha calificado las formas extrínsecas del documento, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos según resulta del título y de las inscripciones del Registro. Si la inscripción no se ajusta al título que la motiva, la vía adecuada para resolver la disconformidad no es un recurso que se fundamenta en una imposible calificación negativa tácita, sino que habrá que solicitar la rectificación de errores en los asentamientos por la vía que prevén los artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Resolución 735/2013 de 8-3-2013

(DOGC 11-4-2013)

Registro de Barcelona, número 5

DERECHO DE REPRESENTACIÓN: APLICACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA.

El criterio de esta Dirección General es, pues, admitir la posibilidad de que el derecho de representación actúe en la sucesión testada, si el testador considera oportuno recurrir a esta institución como instrumento más adecuado para articular su voluntad.

Resolución 781/2013 de 18-3-2013

(DOGC 16-4-2013)

Registro de Barcelona, número 15

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.

La aclaración de los lindes de tres entidades registrales ordenada por la Audiencia después, recordémoslo, de estudiar pruebas documentales escritas y gráficas y de escuchar todas las partes, no se puede considerar una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal que requiera el consentimiento de la comunidad de propietarios sobre la base que en el Registro no consta que el distribuidor es común ni privativo.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

ABUSO DE DERECHO: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular Acreditada

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NACIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN.—III. EFECTOS DE LOS ACTOS ABUSIVOS.—IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN.—V. EL ABUSO DEL DERECHO, LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.—VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VII. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el abuso del derecho, al igual que la buena fe, se incorpora al texto articulado del Código Civil con ocasión de la reforma del Título Preliminar de 1973/74. Constituye un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción requiere el estudio de los tribunales caso a caso.

La doctrina jurisprudencial considera que el abuso del derecho está compuesto por estos *elementos esenciales*:

- Uso de un derecho, objetiva o externamente legal.
- Daño a un interés de terceros no protegido por una específica prerrogativa jurídica, e
- Inmoralidad o antisocialidad en ese daño, manifestada en *forma subjetiva*, cuando el derecho se ejercita con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo, o bajo *forma objetiva*, cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

El abuso de derecho fue introducido en nuestro ordenamiento tras la publicación de la LAU de 1964¹. No obstante fue tras la reforma del Título Preliminar

¹ Cuyo artículo 9.2 establecía que «los jueces y tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho...».

del Código Civil, donde se recoge con carácter general para todo el ordenamiento jurídico (pues no olvidemos que se ha configurado como un principio general de Derecho en el art. 7.2.º del Código Civil, el cual dispone que: *«la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»*².

En base a ello, los *presupuestos* de aplicación del abuso del derecho son:

- Acción u omisión de carácter abusivo que surge tras la extralimitación llevada a cabo por el titular del derecho subjetivo. Extralimitación que puede deberse tanto a la actitud subjetiva del titular del derecho objeto de ejercicio, cuanto a razones de carácter objetivo en el ejercicio del mismo. No es necesaria la existencia de mala fe deliberada en la actuación del derecho por el titular.
- Consecuencia dañosa para un tercero. El ejercicio abusivo del derecho requiere la producción de un daño determinado, cuya existencia concreta y efectiva habrá de probarse y cuantificarse. Tras lo cual, la víctima del daño podrá solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, de una parte, y, de otra, reclamar la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Vamos a ver algunas sentencias de los últimos tiempos en relación con este principio general y su incidencia en el ámbito jurídico privado.

II. NACIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN

El Tribunal Supremo parte de que la prohibición del abuso del derecho es un recurso técnico que debe aplicarse con especial cuidado. Por eso las decisiones jurisprudenciales resaltan que el principio de abuso del derecho solo entra en juego cuando no hay norma concreta aplicable al supuesto debatido, requiriendo que el interés presuntamente dañado no esté protegido por una especial prerrogativa judicial o goce de protección determinada. Sin olvidar que la aplicación del principio de abuso del derecho debe ser rogado o solicitado por quien lo estime aplicable.

En la STS, de 14 de febrero de 1944³, fue la primera vez que nuestro Tribunal modificó el criterio de que *quien ejercita su derecho no daña a nadie*, a partir

² Se recoge, igualmente, en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *«Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»*, y que por lo que hace específicamente al orden jurisdiccional civil, el artículo 247.1 LEC reitera que *«los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»*.

³ La STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 1999 (recurso 345/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 345/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2858/1999) indicó que el referido *concepto de abuso de derecho como principio general* tuvo plasmación legal en nuestro derecho positivo, por mor de la reforma del Título Preliminar del Código Civil realizada por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, desarrollada por

de cuyo momento, ya acogiendo unas veces un *criterio objetivo*, ya, en otras, el *subjetivo*, se inició una corriente judicial de sanción al abuso.

Con este antecedente se explica así la incorporación del actual artículo 7 del Código Civil de la condena del abuso. Sentencia que además estableció unas líneas fundamentales, que allí se enumeran de la siguiente forma, y a las que ya nos hemos referido (Uso de un derecho, objetiva o externamente legal; daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; e inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma *subjetiva* [cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente sin un fin serio y legítimo], o bajo forma *objetiva* [cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho]).

A partir de esta sentencia del Alto Tribunal la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva, (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho).

Como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que sólo se puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifiestos.

En este punto debe añadirse que se asimila y puede plantearse la excepción de abuso de derecho en los supuestos de *retraso desleal en el ejercicio del mismo*. Se trataría, en este caso por tanto, no sólo de un mero retraso, sino que para que la otra parte pueda objetar, es preciso que este retraso haya generado una confianza legítima que haya llevado a esa parte a organizar su vida como si no tuviera que contar ya con el ejercicio de tal derecho. Así lo indica la STS de 4 de marzo de 2005⁴.

El Tribunal Supremo ha señalado que la invocación con éxito del abuso de derecho requiere que el que sufre el daño en su patrimonio *lo sea sin culpa por su parte*, requisito esencial que no permite acudir a su amparo a quien es responsable de una conducta antijurídica con sanción prevista en el ordenamiento, sólo es de apreciar el ejercicio abusivo del derecho cuando media un propósito

el Decreto de 31 de mayo de 1974, concretamente en lo dispuesto en el artículo 7.2 de dicho cuerpo legal, más tarde recogido programáticamente y de una manera definitiva en el artículo 11.2 LOPJ. Dicha normativa sólo hizo que recoger la doctrina jurisprudencial establecida a partir de la *emblemática sentencia de esta Sala, de 14 de febrero de 1944*, que ha sido consolidada por numerosas sentencias posteriores.

⁴ STS, Sala Tercera de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 4 de marzo de 2005, recurso 1188/2001. Ponente: Margarita ROBLES FERNÁNDEZ. Número de recurso: 1188/2001. Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY 11582/2005.

El principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento (SSTS de 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001).

o intención tan claro o notorio que merezca ser calificado como manifiesto, y en aras a la *seguridad jurídica* se presume que los derechos se ejercitan normalmente.

A ello debe añadirse que según doctrina jurisprudencial se avanza hacia la determinación de la inmoralidad o antisocialidad de este daño, cuando la actuación de su titular obedezca no a un fin serio y legítimo sino al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios, asimilando los efectos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo, al producir efectos similares, aunque gramaticalmente sean conceptos diferentes.

III. EFECTOS DE LOS ACTOS ABUSIVOS

Sus *efectos* se pueden concretar esencialmente en la ineficacia del acto, el resarcimiento de daños y perjuicios, y la adopción de medidas judiciales o administrativas.

1. Ineficacia del acto. El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito y justo. Pero si del acto se sigue un daño para otro injustificadamente, la Ley no lo ampara, dando lugar a la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso. Y de esta forma se produce, entre otras consecuencias, la ineficacia del acto, que se consigue a través de la declaración de nulidad. Nulidad radical que puede ser admitida porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, tales actividades son contrarias a una norma imperativa, y por eso nulas de pleno derecho.
2. Resarcimiento de daños y perjuicios. El tercero que haya sufrido daños o perjuicios puede instar de los Tribunales su derecho a ser indemnizado por parte de quien realice la acción abusiva o antisocial, en virtud de lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil. La existencia de tales comportamientos han de resultar de la prueba aportada a un procedimiento, donde se determinará si el daño está o no justificado y ello depende de que haya habido o no exralimitación en el ejercicio del derecho. Cuando por la intención del titular o por el objeto de la acción u omisión o por las circunstancias en que se realice, el ejercicio del derecho sobrepase de un modo manifiesto los límites normales del mismo, el daño que se cause a otra persona dará lugar a la correspondiente indemnización. Deberá ser probado tanto el daño como su cuantía. La exigencia de la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado no excluye sin embargo que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del abuso del derecho, se responderá de los mismos procediendo a su reparación. De ahí que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador.
3. Medidas judiciales o administrativas. El artículo 7.2 del Código Civil prevé expresamente la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

La cuestión radica en fijar cuáles pueden ser esas medidas, porque ninguna se establece de forma taxativa, por lo que podrán ser determinadas en cada caso por el órgano competente, o acudir a otras normas en las

que se establezcan medidas que puedan resultar de aplicación a cada caso concreto.

IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INSTITUCIÓN

Hemos ido perfilando la evolución jurisprudencial por décadas, pues cada una de ellas presenta una matización nueva.

Comenzamos nuestro estudio en los *años ochenta*.

La STS de 2 de junio de 1981⁵ afirmó que la prohibición del abuso de los derechos es cuestión jurídica como derivada de un mandato legal destinado a los Tribunales y contenida en nuestro ordenamiento de una forma general en el artículo 7.º, apartado 2, del Código Civil.

En ella se confirma que siempre resultará necesario que de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida, o rectificadas por el mecanismo del número 7.º, artículo 1692 LEC, resultase manifiesto el abuso en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Lo que no ocurre probado en la instancia, donde el vendedor de una máquina y accesorios para la misma que giró unas letras de cambio para su pago, que aceptó el comprador y no pagó a su vencimiento, ejercita su legítimo derecho de demandar al comprador reclamándole el pago del precio. Ejercicio de un derecho que se halla garantizado por los preceptos legales relativos al contrato de compraventa (art. 1.500 CC y concordantes), lo que abunda en la ineficacia de invocar exceso alguno en el ejercicio de los derechos de todo lo que aparece indudable la desestimación de este motivo.

También el TS, en sentencia de 14 de febrero de 1986, declaró que constituyen sus requisitos: intención de perjudicar, falta de interés serio y legítimo, exceso en el ejercicio del derecho y producción de un daño o perjuicio; y que incluye conductas que, bajo una aparente acomodación a la norma, disimulan o encubren bien una arbitrariedad bien una extralimitación⁶.

En la década de los *años noventa* se insiste en profundizar en el aspecto subjetivo del abuso del derecho (el móvil, el fin...) y en su aplicación restrictiva, sin olvidar que estamos ante un *concepto jurídico indeterminado o concepto «válvula»*, y que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador (esto ya en 1999).

Así, la STS de 5 de abril de 1993⁷ estudió la pretensión de la arrendataria, que creó el pleito, indicando que no es ni arbitraria ni abusiva y menos antisocial, pues ejercita un derecho reparador de unos daños que le vienen impuestos por la estructura de las cosas y en cuya producción no tuvo intervención alguna⁸.

⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de junio de 1981. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6631-JF/0000.

⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de febrero de 1986. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 602/1986.

⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de abril de 1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 681-5/1993.

⁸ Garajes en Explotación, S. A., promovió la demanda en razón a que, siendo arrendataria de los locales primero y segundo sótano, nave y entreplanta del inmueble que se deja referenciado en la ciudad de Zaragoza, en razón de contrato de arrendamiento suscrito con Velmar, S. A., el 1 de octubre de 1977, por razón de que la cubierta del local presentaba des-

En dicha sentencia no se dan los requisitos necesarios para la apreciación del pretendido abuso del derecho, conforme exige esta Sala que sólo concurre cuando lo que se hace lo es con la intención de dañar o utilizando el derecho de un modo anormal o plenamente contrario a la convivencia ordenada, por lo que su determinación ha de hacerse atendiendo a la circunstancia subjetiva de ausencia de formalidad seria y legítima y la objetiva de un excesivo ejercicio del derecho, que así se hace perjudicial.

Posteriormente, en la STS de 2 de diciembre de 1994⁹, el recurrente entendía que el banco ejecutante conocía el domicilio del ejecutado, y no siguió el orden legalmente establecido en la traba de bienes (arts. 1444 y 1447 LEC).

Indica la sentencia que la jurisprudencia ha seguido profundizando en el aspecto subjetivo, señalando que en todo caso es el móvil y es el fin el que hay que considerar, siendo necesario, para llegar a una conclusión afirmativa, preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad. Es necesario establecer también por qué ha actuado, y cómo lo ha hecho, y si ha obedecido a un motivo legítimo; es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista, la teoría del abuso del derecho adopta en sí un sentido, si no intencional, al menos subjetivo.

La doctrina ha terminado concluyendo que *la figura del abuso del derecho no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal*, siendo en todo caso de aplicación restrictiva, ya que se trata de una figura jurídica de carácter excepcional.

Insiste la STS de 19 de octubre de 1995 en que en el abuso del derecho uno de los presupuestos esenciales es que quede «claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado»¹⁰.

En este caso se aduce infracción del artículo 7.2 del Código Civil, por reputar que se da situación de abuso del derecho, en base a que el que recurre no llevó a cabo el cumplimiento del contrato antes de expirar la facultad dispositiva concedida en el documento transaccional¹¹.

También la STS, de 19 de octubre de 1995¹², recuerda que el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstan-

perfectos y deficiencias causantes de filtraciones de agua y humedades, ejercita acciones para obtener la reparación de tal elemento constructivo y los consecuentes daños ocasionados

⁹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de diciembre de 1994, recurso 2870/1991. Ponente: Gumersindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de recurso: 2870/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14172/1994.

¹⁰ STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1995, recurso 1116/1992. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1116/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14750/1995.

¹¹ La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la inevitable claudicación del motivo, al no concurrir en el presente caso los referidos requisitos que configuran la institución de equidad de abuso del derecho. El recurrido no obtuvo la formalización de la compraventa proyectada en el ámbito de sus relaciones con el que se atribuye condición de vendedor, no obstante mantener pretensión positiva en tal sentido, avalada con la realización de actividades para disponer del dinerario suficiente para atender al pago del precio acordado, como queda estudiado.

¹² STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1995, recurso 1116/1992. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1116/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14750/1995.

cias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado. La doctrina jurisprudencial expuesta conduce a la inevitable claudicación del motivo, al no concurrir en el presente caso los referidos requisitos que configuran la institución de equidad de abuso del derecho. El recurrido no obtuvo la formalización de la compraventa proyectada en el ámbito de sus relaciones con el que se atribuye condición de vendedor, no obstante mantener pretensión positiva en tal sentido, avalada con la realización de actividades para disponer del dinerario suficiente para atender al pago del precio acordado.

La STS de 6 de febrero de 1999¹³, se refiere a la inexistencia de actuación abusiva en la interposición de interdicto de obra nueva, y afirma que la doctrina del abuso del derecho es uno de los conceptos denominados *concepto jurídico indeterminado o concepto «válvula»*, que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiere planteado tal cuestión.

Dentro del área del concepto del abuso de derecho existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente *abuso del derecho y derecho a litigar*, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado «derecho a litigar»; en otro aspecto, es de si el litigante, a quien se han producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que pueda ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la inexistencia de una *justa causa litigandi*.

El núcleo duro de la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva por la parte recurrida, contra la parte recurrente, y en dicho proceso parte demandada. Además hay que resaltar que en el juicio interdictal de obra nueva, aparte de acordarse la suspensión de la obra de forma inaudita no se prueba ni por información testifical documental la paralización de una obra, que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra.

La parte recurrida planteó una demanda interdictal de obra nueva contra la recurrente, que se desestimó, y de dicha sentencia no se infiere que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria e infundada, ya que la resolución decisoria se basó en unas consideraciones muy técnicas de determinación del componente de la línea quebrada que separa las fincas de ambas partes, «lo que indica que se trata de una cuestión confusa, necesitada de una labor hermenéutica de hechos y normas muy complicada». Y aunque dicha demanda interdictal fue también rechazada en la fase de apelación, en la sentencia de segunda instancia mantuvo la tesis de una pretensión interdictal lógica y no desmesurada, pese a no haber obtenido el éxito judicial. Debiéndose resaltar que en el proceso interdictal no se habló de temeridad de la acción ni siquiera a efecto de las costas procesales.

¹³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 1999, recurso 345/1995. Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 345/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2858/1999.

A principios del siglo XXI se insiste en el ejercicio anormal del derecho de modo contrario a los fines económicos-sociales del mismo, pues el ejercicio de los derechos, que se cohonestan con el fuero interno o conciencia del ejerciente debe ser aprobado o conforme al juicio de valor emanado de la sociedad. De modo que se incurre en responsabilidad cuando dentro de una contienda judicial se mantienen pretensiones manifestadamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado «derecho a litigar».

La STS de 12 de julio de 2001¹⁴ indica que no debe plantearse en el supuesto que estudia la cuestión *del abuso del derecho*¹⁵, pues su concepto jurídico es, en un aspecto subjetivo, el ejercicio del derecho con intención de dañar o sin verdadero interés en ejercitarlo, o, en un aspecto objetivo, el ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo; ambos aspectos se unen y forman el concepto verdadero, desarrollado por la jurisprudencia y contemplado en el artículo 7.2 del Código Civil¹⁶.

La STS de 14 de mayo de 2002¹⁷ continúa manteniendo la doctrina jurisprudencial de los años anteriores *del abuso de derecho que exige como requisitos esenciales*: a) una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, la ley la debe privar de protección; b) que esta actuación produzca efectos dañinos; y c) que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización; y, asimismo, ha sentado que el abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado.

El supuesto de controversia se centra en que los fiadores sólo respondían de la cantidad que correspondía pagar a los deudores principales en el momento de la liquidación de intereses y tasación de costas, menos las entregas realizadas a cuenta, y obtenidos 2.300.000 pesetas por el precio de remate del piso, es evidente que se ha producido una extralimitación, que pugna con el *principio general de la buena fe, determinado en el artículo 7 del Código Civil, el cual, según tiene declarado esta Sala, constituye una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia*

¹⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2001, recurso 1003/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 732/2001. Número de recurso: 1003/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7026/2001.

¹⁵ Resolución unilateral por parte de «Telefónica de España, S. A.», de la relación contractual que le unía a la «Superfónica de España, S. A.», y sus consecuencias jurídicas que se refieren a la indemnización de daños y perjuicios, porque la sociedad «Telefónica de España, S. A.» procedió unilateralmente al corte de determinados números utilizados por «Superfónica de España, S. A.» en el ejercicio de su actividad empresarial, concretamente los destinados a la prestación de servicios de carácter erótico y multiconferencia.

¹⁶ Cuyo concepto en nada coincide con el caso de autos, en que la cuestión es la resolución unilateral del contrato de tracto continuo; por tanto el cumplimiento del mismo: por la parte demandante, pagar el precio y utilizar el servicio y por Telefónica prestar este servicio. Aquella no ha ejercitado un derecho en forma abusiva según el concepto dado y ésta ha incumplido su obligación de proporcionar continuadamente el servicio al resolver unilateralmente el contrato.

¹⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de mayo de 2002, recurso 3498/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 439/2002. Número de recurso: 3498/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5895/2002.

contrastada debidamente por los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohonesta con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad¹⁸.

La STS de 5 de marzo de 2004¹⁹ también mantiene el mismo concepto y la construcción jurídica en torno a los requisitos esenciales²⁰.

En la *segunda década del siglo XXI* se abre la actuación del abuso del derecho hacia nuevos derroteros. Por ejemplo, en la STS de 31 de mayo de 2011, se critica por un abogado la actuación profesional de un magistrado, alegándose la prevalencia de la libertad de expresión del primero sobre el derecho al honor del segundo²¹.

En la demanda se imputa al magistrado dictar resoluciones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico, se critica su insistencia y perseverancia en mantener sus decisiones, se le atribuye haber actuado como mínimo de manera culposa, antijurídica, arbitraria y desviada. Estas críticas a la actuación del magistrado van dirigidas a reprochar su conducta profesional y constituyen la base de una demanda de responsabilidad civil que se exige por dolo o negligencia, sin que la misma por sí sola implique el desmerecimiento del recurrido en el público aprecio y consideración ajenas pues el empleo de dichos términos encuentra justificación en la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de sus funciones y son necesarios para la efectividad de dicha labor defensiva.

Esta la actuación que se dice ofensiva y *abusiva*, impide valorarla, como agresión injustificada del honor ajeno o *como constitutiva de abuso de derecho* pues, faltando, el uso de expresiones ofensivas e innecesarias para la efectividad de dicha labor defensiva y la extralimitación en su actuación, el que un abogado se sirva de todos los medios a su alcance para rebatir jurídicamente una decisión judicial o sus efectos o para reprochar una conducta, entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión reforzada del profesional y del propio derecho de defensa de su cliente.

En consecuencia, estos derechos fundamentales amparan la labor del profesional y se revelan como causas legitimadoras del ataque que supone el comprensible descrédito que la tramitación de una demanda de responsabilidad civil por culpa o negligencia lleva aparejado para quien figure en ella como demandado. Una intromisión que, atendiendo al contexto referido, no puede tildarse de ilegí-

¹⁸ En definitiva, entre la cantidad cobrada por el Banco (entregas a cuenta realizadas por los deudores doña Arancha V. L. y don Casto T. L., más la cantidad de 2.300.000 ptas., obtenida por la cesión de remate) y la debida (principal, intereses y costas), existe una clara diferencia, cuyo importe se determinará en fase de ejecución de sentencia...

¹⁹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de marzo de 2004, recurso 1103/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 156/2004. Número de recurso: 1103/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1033/2004.

²⁰ Que configuran el abuso de derecho: *a)* una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que por ello la ley la debe privar de protección; *b)* una actuación extralimitada que produzca efectos dañinos, y *c)* que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que puede plantear una pretensión de cesación e indemnización.

²¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2011, recurso 47/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 377/2011. Número de recurso: 47/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 98616/2011. Inexistencia de vulneración del derecho al honor y de abuso de derecho.

tima, excesiva o no justificada, aun cuando posteriormente se haya demostrado que las imputaciones realizadas al magistrado eran falsas y que este actuó en todo momento conforme a derecho²².

V. EL ABUSO DEL DERECHO, LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La importancia de la construcción del abuso del Derecho se centra en la aparición de daños y perjuicios.

La STS de 5 de marzo de 2004²³ enjuicia si el litigante a quien se ha producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que puede ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la existencia de una *justa causa litigandis*.

Y concretando aún más, hay que tener presente que la actual cuestión judicial radica en el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que logró la paralización de una obra, que puede producir importantes perjuicios para el dueño de la obra.

En el supuesto contemplado no se dio lugar a la pretensión indemnizatoria aunque la demanda interdictal fue desestimada en ambas instancias porque «como muy bien se infiere de la sentencia recurrida en su *factum*, en absoluto, ya que en dicho proceso sumario interdictal se ejerciera una pretensión patentemente temeraria o infundada».

La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema.

La STS de 5 de junio de 1995²⁴ dice que «la viabilidad de la petición de resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que la puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia». Y añade que «los daños y perjuicios que acreditadamente

²² Por otro lado, *tales imputaciones* si bien aisladamente y descontextualizadas pudieran resultar atentatorias contra el honor y el prestigio profesional del demandante, lo cierto es que *al enmarcarse dentro de una demanda judicial el grado de crítica admisible es mayor, no solo por estar en juego el derecho de defensa, sino también por el hecho de que en definitiva la certeza de las imputaciones va a ser enjuiciada por un tribunal y, por ende, sometida a un test de fundamentación y racionalidad*. En caso contrario, el derecho al honor constituiría o podría constituir, un obstáculo para que a través de procesos judiciales seguidos con todas las garantías —como el que nos ocupa— se pudieran enjuiciar las actividades profesionales a las que se impute haber incurrido en ilicitud dañosa.

Tampoco puede decirse que se hubiera dado a la demanda una publicidad desmedida o que su sentido o contenido se hubiera tergiversado ante la opinión pública...

²³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de marzo de 2004, recurso 1103/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 156/2004. Número de recurso: 1103/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1033/2004.

²⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de junio de 1995, recurso 514/1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. Número de recurso: 514/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 747/1995. Reitera que los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción «resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia» o al menos resulte de ella sin asomo de duda, mas no cuando, como en el presente caso, la conducta de la actora en el interdicto se reconoce alejada de todo reproche a título de negligencia.

sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda».

Lo que reitera la STS de 3 de julio de 1997 al decir que «la evidencia de estarse ante una acción interdictal *clara o manifiestamente infundada* ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal»²⁵.

También la STS de 28 de marzo de 1998 afirmó que «dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad sería legítima del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado. Pero ello no excluye que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquellos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador»²⁶.

Y añade posteriormente la STS de 26 de octubre de 1998, que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de decidir controversias análogas a las presentes, para estimarlas procedentes cuando se acredita una persistencia totalmente injustificada en mantener en suspenso las obras iniciadas²⁷.

²⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de julio de 1997, recurso 1845/1993. Ponente: ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso: 1845/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8683/1997. En el FJ 3.º indica que «el ejercicio por vía judicial de cualquier derecho es incompatible con la noción del abuso de derecho, ya que éste, como se proclama en el artículo 7.2 del Código Civil, precisa que dicho ejercicio, atendiendo a la intención de su autor, al objeto o a las circunstancias de su realización, sobrepase manifiestamente los límites normales del “ejercicio de un derecho”, y así, en la sentencia de 15 de junio de 1995, siguiendo el criterio mantenido en la de 27 de mayo de 1988, se precisa —para dar lugar a los daños indemnizables, aparte de la realidad de los mismos— que la acción interdictal “resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o, al menos, resulte de ella sin asomo de duda”, criterio el indicado que viene a mantenerse, también, en la sentencia de 15 de diciembre de 1992, en cuanto que, aplicando una pauta objetiva, asocia la concurrencia de abuso de derecho a las circunstancias en que se promovió y mantuvo la acción interdictal, al revelar una conducta que sobrepasa amplia y manifiestamente los límites normales del ejercicio de dicha acción».

²⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 1998, recurso 812/1994. Ponente: EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 812/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3669/1998. Daños y perjuicios por paralización de obras en interdicto anterior. Abuso de derecho o culpa extracontractual. Producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulta ser claramente infundada, la parte que ocasionó aquellos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo.

²⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 1998, recurso 1684/1994. Ponente: ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1684/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9775/1998. Estimó procedente la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, por razón de justicia conmutativa, posibilitando la condena a quien ejercitó acciones interdictales basadas en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción con ausencia de normal prudencia. Por contrario, las demandas desestimatorias

VI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de junio de 1981. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 6631-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de febrero de 1986. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 602/1986.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de abril de 1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 681-5/1993.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de diciembre de 1994, recurso 2870/1991. Ponente: Gumersindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de recurso: 2870/1991. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14172/1994.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de junio de 1995, recurso 514/1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. Número de recurso: 514/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 747/1995.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de octubre de 1995, recurso 1116/1992. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1116/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 14750/1995.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 3 de julio de 1997, recurso 1845/1993. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso: 1845/1993. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8683/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de marzo de 1998, recurso 812/1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 812/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3669/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de octubre de 1998, recurso 1684/1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de recurso: 1684/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 9775/1998.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 6 de febrero de 1999, recurso 345/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de recurso: 345/1995. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2858/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2001, recurso 1003/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. Número de sentencia: 732/2001. Número de recurso: 1003/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 7026/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de mayo de 2002, recurso 3498/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA. Número de sentencia: 439/2002. Número de recurso: 3498/1996. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 5895/2002.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de marzo de 2004, recurso 1103/1998. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Número de sentencia: 156/2004. Número de recurso: 1103/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 1033/2004.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, de 4 de marzo de 2005, recurso 1188/2001. Ponente: Margarita ROBLES FERNÁNDEZ. Número de recurso: 1188/2001. Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LA LEY 11582/2005.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2011, recurso 47/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 377/2011. Número de recurso: 47/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 98616/2011.

de los interdictos planteados o como en este caso, decretando su archivo, no generan por sí perjuicios indemnizables, pues supondría consagrar una situación de responsabilidad *ex artículo 1902* al objetivizarse la responsabilidad de dicha norma.

VII. LEGISLACIÓN

- Artículo 7 del Código Civil.
- Artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RESUMEN

ABUSO DE DERECHO. REQUISITOS Y EFECTOS

El abuso del derecho, concepto jurídico indeterminado, cuya concreción requiere el estudio de los tribunales caso a caso, se incorpora al texto articulado del Código Civil con ocasión de la reforma del Título Preliminar. Sus elementos esenciales son el uso de un derecho, objetiva o externamente legal; el daño a un interés de terceros no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y la inmoralidad o antisocialidad en ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando el derecho se ejercita con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo, o bajo forma objetiva, cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Sus efectos se concretan en la ineficacia del acto, el resarcimiento de daños y perjuicios, y, la adopción de medidas judiciales o administrativas.

ABSTRACT

ABUSE OF PROCESS. REQUIREMENTS AND EFFECTS

Abuse of process is a fuzzy legal concept, so fuzzy in fact that the courts must take a careful case-by-case approach to establishing its particular traits. Abuse of process was addressed by the Civil Code when the code's Preliminary Title underwent revision. The essential elements of abuse of process are use of an objectively or externally legal right; damage to a third-party interest not protected by a specific legal prerogative; and the immorality or anti-social nature of the damage, manifested subjectively when the right is exercised with the intention to do harm or simply without a serious, legitimate aim, or objectively when the damage stems from an excess or abnormal exercise of the right. The effects of abuse of process are to render the act void, to entitle the injured parties to compensation for damages and to unleash judicial or administrative measures.

1.2. Familia

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL CÓNYUGE DEL ARRENDATARIO EN LA VIVIENDA ARRENDADA

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA CONDICIÓN DEL ARRENDAMIENTO DESTINADO A SATISFACER LA NECESIDAD PERMANENTE DE VIVIENDA DE LA FAMILIA.—III. LA NO RENOVACIÓN, DESESTIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y EL ABANDONO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR EL ARRENDATARIO.—IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: 1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO. 2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—V. SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO DEL ARRENDATARIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Nuestro legislador civil no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar o vivienda habitual de la familia, lo que puede dar lugar a ciertos problemas de determinación habida cuenta de los diversos preceptos que se refieren a ella en el Código Civil —entre otros, la protección de la vivienda habitual de la familia (art. 1320); la determinación del carácter privativo o ganancial de la vivienda comprada a plazos por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales (arts. 1356 y 1357); una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 1406.4 y 1407), a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal; y, la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial (arts. 90 C, 91, 96, 103.2 y 104)—, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación»¹. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia»². Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, es el lugar donde habitualmente y con

¹ ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 49.

² ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 46 y 194.

continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además seguridad e intimidad³. Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar»⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996⁵, conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desa-

³ SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 87 y 90; DE COSSIO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGrawHill, Madrid, 1997, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, septiembre-octubre de 1988, núm. 588, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 11-12.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/1030), la considera como «un bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o del ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; en igual sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 21 de noviembre de 2000 (JUR 2001/62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (JUR 2004/25749); y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (JUR 2003/277780). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de febrero de 1996 (AC 1996/263); de la misma Audiencia y Sección, de 8 de septiembre de 1997 (AC 1997/1914); de nuevo de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); y de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 22 de enero de 2003 (JUR 2003/67263), se contempla la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la familia, sino como un bien al servicio del conjunto familiar.

⁴ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. II, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 204, entiende por vivienda habitual «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

⁵ RJ 1996/9020. Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 1995 (AC 1995/2306), el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquélla y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 (SP/SENT/143737) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener

rolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Por otra parte, en otro ámbito normativo, pero dentro del campo del Derecho Civil, el artículo 2.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, define la vivienda a los efectos que le son propios como «edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario».

En este contexto, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar⁶; se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen»⁷.

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no sólo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA, «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquirente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes»⁸.

A esta falta de definición hay que añadir que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar; en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones

diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es su intimidad personal y familiar».

⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 28.

⁷ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familia», *op. cit.*, pág. 187.

⁸ RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 99.

preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Ante esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 del CC)⁹. Estamos ante domicilio conyugal cuando existe una relación matrimonial frente al domicilio familiar que, de forma más amplia abarca no sólo aquél sino también donde conviven los miembros de una pareja con hijos o sin ellos, o familias monoparentales, e, igualmente, cuando disuelto el matrimonio no existe ya un vínculo conyugal (art. 93.2 del CC). El domicilio conyugal cumple una función de localización jurídica —por ello se concreta en un determinado ámbito espacial—, y, de identificación del matrimonio; mientras que, la vivienda familiar será la base física del domicilio familiar¹⁰.

ESPIAU ESPIAU atendiendo a la consideración del domicilio conyugal como lugar «de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones», considera que «respecto a terceros, aquél desarrolla una función de localización de ambos consortes, unificando el domicilio individual de cada uno de ellos en una sede común; y entre los cónyuges, se configura como lugar donde se desenvuelve o debiera desenvolverse la relación jurídica que el matrimonio establece entre uno y otro. En este sentido, el domicilio conyugal desempeña una doble función, susceptible de ser diferenciada y que caracteriza su consideración como domicilio: como lugar de localización de la persona, referido a cada uno de los cónyuges, y como lugar de localización de la relación jurídica existente entre ellos»¹¹.

Por su parte, señala CUENA CASAS que no debería tener la consideración de vivienda familiar aquella que no es sede del domicilio conyugal fijado de común acuerdo. De hecho, el artículo 105 del Código Civil parece que utiliza el término domicilio conyugal como sinónimo de vivienda familiar¹².

Lo cierto es que existe una tendencia doctrinal mayoritaria tendente a hacer coincidir la vivienda familiar con el domicilio conyugal o domicilio familiar¹³.

⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, pág. 349.

¹⁰ ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992, pág. 37. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/165); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537), que entiende la vivienda familiar como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designo de la autoridad judicial».

¹¹ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, págs. 25-26.

¹² CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 281.

¹³ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 21; GIMÉNEZ DUART, T., «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1981, pág. 88; SANTOS BRIZ, J., «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del

Si bien, no faltan autores que niegan que la vivienda familiar constituya la sede del domicilio conyugal. Así GARCÍA CANTERO piensa que «conviene deslindar ambas figuras en atención a la diferente finalidad que cumplen. Por de pronto el domicilio tiene una función principalmente *ad extra* en las relaciones con los terceros, para realizar pagos y cobros, para recibir notificaciones, etc., por lo cual, en último término, podría sustituirse o reemplazarse por un buzón o un apartado de correos. En cambio, aunque no se excluyen esas funciones externas, lo fundamental en la vivienda y mobiliario familiares son las funciones *ad intra*, de convivencia entre sus miembros, de cobijo y alimentación, de asistencia y formación. El domicilio legal no puede faltar nunca, la vivienda familiar sí, y, aunque exista, ser diferente del domicilio»¹⁴.

En todo caso, la objetivización de la vivienda familiar como sede del domicilio conyugal tiene trascendencia frente a terceros y permite garantizar de manera efectiva la protección que se pretende con el artículo 1320 del Código Civil, amén de una mayor constancia en el Registro de la Propiedad¹⁵.

Por otra parte, la noción de domicilio conyugal se relaciona con la de domicilio familiar, al operar ambos sobre el espacio que sirve de residencia al grupo familiar, y, asimismo, determinan la existencia de un grupo de personas unificadas en ese lugar en razón de su domicilio¹⁶. En los casos de crisis matrimonial la vivienda o domicilio familiar fijado por los cónyuges sigue existiendo y habrá que decidir sobre su uso aunque ya no se llame domicilio conyugal. Tratándose de parejas o uniones de hecho no es posible la existencia de un domicilio conyugal, pero si familiar que, podrá acordarse en los llamados «pactos convivenciales»¹⁷.

Ahora bien, cuando se trata de domicilio conyugal se omite toda referencia a la residencia como base de su existencia; sin embargo, si la vivienda familiar

ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterio judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles (art. 40 del CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar»»; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familia», *op. cit.*, pág. 199; ÁLVAREZ CAPERCHIPI, J., *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Madrid, 1988, pág. 299. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de enero de 1992 (AC 1992/36); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 13 de abril de 2011 (JUR 2011/185632).

El artículo 231-3 del Código Civil catalán dispone que «los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges, o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente».

¹⁴ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 71-72. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/359).

¹⁵ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 281-282.

¹⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 349; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familia», *op. cit.*, pág. 197.

¹⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil», en *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, julio de 2012, pág. 77.

es el lugar donde la familia tiene su residencia habitual y se destina a la satisfacción de la necesidad básica de alojamiento de la familia, no parece razonable desvincularla de la residencia efectiva. De forma que, si la vivienda familiar es el lugar de residencia habitual de los cónyuges, se puede presumir que, el lugar donde los cónyuges han fijado el domicilio familiar es el lugar de residencia habitual de la familia¹⁸.

El concepto de residencia habitual coincide con el domicilio y vivienda familiar, pues, el domicilio es precisamente el lugar de residencia habitual, y la vivienda la base territorial de aquél¹⁹.

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos:

1. Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar²⁰, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible²¹; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. De ahí que se excluyan las segundas residencias, fincas de recreo —por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia, por ejemplo, durante los fines de semana—, los locales destinados exclusivamente a uso profesional, o el piso adquirido a tal fin por uno de los cónyuges, pero aun no ocupado, el terreno sobre el que se proponen construir la casa²². La vivienda ha de estar efectivamente ocupada por la familia, sin que sea necesario que, tal ocupación haya tenido lugar

¹⁸ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 283.

¹⁹ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 195. Para las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1940 (*RJ* 1940/1019); de 26 de mayo de 1944 (*RJ* 1944/799); de 18 de septiembre de 1947 (*RJ* 1947/1049); de 25 de septiembre de 1954 (*RJ* 1954/2348); y de 21 de abril de 1972 (*RJ* 1972/1859); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 22 de enero de 2000 (*AC* 2000/383), la residencia habitual supone como elemento fundamental «no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanente en un lugar».

²⁰ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 (*AC* 1993/2235).

²¹ HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

²² GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 73-74; HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 588-589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 129; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1566, para quien, sin embargo, quedan incluidas las viviendas con pequeña industria doméstica; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Calos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 204; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, undécima edición, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, 1997-I, pág. 80. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1050), que dispone que la vivienda familiar no alcanza a la vivienda de recreo.

durante un determinado periodo de tiempo, pues, tan habitual es la que está ocupada durante muchos años como la que se habita recientemente²³. Si se habita de forma normal y permanente es porque se entiende que existe intención de hacerlo, es decir, el *animus* se deduce del propio *corpus*. Si bien, no es necesario, aunque no faltan opiniones en sentido contrario²⁴, que concurren ambos elementos para que opere este requisito: objetivo (*corpus*) equivalente a un asentamiento con carácter permanente, y otro subjetivo (*animus*) entendida como intención de que tal asentamiento lo sea con tal carácter; al ser posible que la vivienda ocupada transitoria o provisionalmente, se considere también vivienda habitual mientras tal ocupación tenga lugar. Hemos de pensar en la necesidad de la familia de ocupar otra vivienda temporalmente, mientras se concluye la construcción de la que será la vivienda familiar definitiva. De ahí que, no se autorice a ninguno de los cónyuges a disponer unilateralmente de la vivienda que en ese momento ocupa la familia, mientras tal situación esté vigente²⁵. En todo caso, no basta con residir, sino que se ha de presumir que se hará en un futuro. Es la permanencia y la estabilidad, lo que debe acreditarse, sin necesidad de analizar la intencionalidad del sujeto para entender que una vivienda constituye la sede familiar.

2. Debe ser un lugar habitable. Para ello no se requiere que se cumplan determinadas condiciones de habitabilidad mínimas por más que el artículo 47 de la Constitución Española se refiera a una vivienda digna como premisa. Sólo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda. Es obvio que no todas las personas, según entiende la media de los ciudadanos, tienen una vivienda digna, pero por indigna que sea no deja de ser vivienda. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ, para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella

²³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606, señala que «el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».

Sin embargo, ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 82, señala que la atribución del carácter habitual a una vivienda en el sentido del artículo 1320 viene dado por la concurrencia de dos requisitos: «uno subjetivo, cual es que en ella tenga su asiento y cobijo la familia, es decir, un ente necesariamente pluriindividual; otro temporal, puesto que sólo será verdaderamente habitual una casa cuando se habite durante un plazo de tiempo razonablemente estable».

²⁴ MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVII, 1987, pág. 225, para quien la habitualidad supone el *corpus* y el *animus*.

²⁵ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 286; ELO-RIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 215.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005/148995) consideró vivienda familiar un inmueble en construcción que no había sido ocupado todavía por la familia, y ello porque «dicha vivienda estaba llamada a servir de hogar familiar»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/203692), que se considera que tiene el carácter de vivienda familiar, aunque temporalmente se haya abandonado su uso con motivo de obras de rehabilitación.

se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa»²⁶. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo²⁷.

Por otra parte, además de la habitabilidad, la propia redacción del artículo 1320 del Código Civil exige que el inmueble que tenga la condición de vivienda familiar, sea precisamente una vivienda. De ahí que, atendiendo a tales consideraciones existe un punto común de excluir del concepto de vivienda los solares, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales de negocio, construcciones en ruinas, en definitiva a todo espacio que desde una perspectiva objetiva no pueda considerarse como destinado a servir de residencia o morada para las personas²⁸.

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesoriidad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios²⁹. Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del

²⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto de 1987, núm. 581, pág. 1436.

²⁷ TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 34. En este sentido, ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 46-47 quien, desde la perspectiva constitucional, la vivienda familiar admite dos tratamientos diferentes: como bien físico o material y como objeto inmaterial o ideológico. En cuanto bien material da pie al examen en sus fundamentos o presupuestos a regulaciones jurídicas muy variadas desde la urbanística, a los regímenes de producción de vivienda (iniciativa privada, protección oficial, promoción pública, etc.), pasando por los sistemas de adquisición (créditos a la vivienda) y uso (derechos del usuario, calidad de vida y medio ambiente). Y, en cuanto objeto ideológico o bien inmaterial se inserta en el ejercicio de determinados derechos como la intimidad, la inviolabilidad de domicilio.

²⁸ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 34; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 284; LUCINI CASALES, Á., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXVI-1990, núms. 596 al 601, pág. 88; PLANES MORENO, M.^a D., «La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinador: Eduardo HUIJAS FERNÁNDEZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 943.

²⁹ GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1437; BELDA SAENZ, M.^a C., «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, pág. 337; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda

Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que, la ley asigna a la vivienda familiar³⁰.

Por otra parte, también plantea cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble³¹. Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada³².

3. Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal³³.
4. La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *routottes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual³⁴.

habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 34. Siguiendo el criterio de la accesoriedad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», *op. cit.*, págs. 224-225; ALEJANDREZ PEÑA, P., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 285, el criterio de la accesoriedad es subsidiario del de segregación; y en el medida en que ésta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

³⁰ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 208-209; HERRERO GARCÍA, «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquél que es a la vez vivienda habitual de la familia.

³¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, undécima edición, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 149.

³² La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de enero de 1994 (AC 1994/156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 17 de enero de 2005 (JUR 2005/64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 2008 (JUR 2008/317478), niega que el garaje forme parte de la vivienda familiar, cuando se trata de fincas registrales distintas.

³³ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 32; ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81.

³⁴ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 213; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 423; MARTÍNEZ

Finalmente, en el caso de existir varias viviendas familiares habituales, por ejemplo, en el caso que uno de los cónyuges tenga que vivir en lugar distinto que el otro cónyuge o sus hijos por razones profesionales, o, cuando los hijos residen en otro lugar diferente por motivo de estudios³⁵. Hay dos posturas doctrinales, las que entiende que puede haber varias viviendas habituales³⁶; frente a quienes sólo consideran que hay una, presumiendo como única vivienda familiar la del lugar donde los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal³⁷. No obstante, el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán posibilita que en situaciones de crisis matrimonial, la autoridad judicial «pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencia si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos», algo que ya se había planteado con el artículo 83 del Código de Familia catalán.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

Centrándonos en la vivienda familiar arrendada, debemos acudir a la legislación específica arrendaticia, ante la escasa regulación que ofrece el Código Civil

DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204.

³⁵ Los artículos 7.1 y 27.2, letra f) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, contemplan expresamente esta posibilidad.

³⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1438, considera que dado que la ley no prohíbe nada impide que haya más de dos viviendas; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 140; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; de la misma autora, «Algunas consideraciones en torno a la protección de la vivienda familiar», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor don José Beltrán de Heredia y Onís*, Salamanca, 1984, pág. 303, señala que ha de reconducirse la cuestión a lo que las partes han decidido; LUCINI CASALES, A., «La vivienda en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *op. cit.*, pág. 92, quien admite su posible existencia, aunque entiende que la determinación final depende del arbitrio judicial; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», en *Actualidad Civil, 1987-1*, pág. 1362; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050).

³⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificaciones)», *op. cit.*, pág. 1607; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 287; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 429; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 55-56 precisa que, esa segunda vivienda no adquiere el *status* de vivienda familiar en el sentido del artículo 1320 del Código Civil. Asimismo, esa segunda vivienda cumplirá o cubrirá ciertas cargas familiares y, en este sentido, podrá decirse que es una vivienda de la familia, pero salvo que por los cónyuges se determine que sea vivienda familiar, no alcanzará dicha categoría, ya que no debemos olvidar que los requisitos para poder hablar de la vivienda familiar, desde la perspectiva del citado artículo 1320, tienen su origen y razón de ser en ambos cónyuges, no en uno solo, ni en los hijos habidos en el matrimonio.

en concreto, los artículos 1580 a 1582. Así, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que presenta como novedades con respecto a la regulación que contenía el Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964: 1. Se proclama como principio general el equilibrio de las posiciones arrendador y arrendatario, procurando evitar desigualdades de la legislación que se deroga. Para ello, se establece la prohibición de pactar nada que sea perjudicial a la posición del arrendatario; 2. Se atiende a la finalidad principal perseguida por las partes del contrato, dando lugar a dos tipos de regulación, una principal o básica que tiene por objeto un inmueble destinado a vivienda habitual del arrendatario, y otra secundaria o complementaria de la anterior, cuando el arrendamiento tiene otra finalidad como uso distinto del de vivienda o arrendamientos de temporada; 3. Se establece una duración determinada del contrato con posibilidades taxativas y limitadas de prórroga; 4. Se amplían los supuestos de resolución unilateral del contrato a instancias del arrendador; 5. Se limitan a uno los supuestos de sucesión *mortis causa* del arrendamiento; 6. Se establece un sistema automático de actualización de la renta a partir del primer año de vigencia del contrato; 7. Se mantienen los derechos de adquisición preferente de tanteo y retracto, a favor del arrendatario en caso de enajenación de la vivienda; 8. Se establecen reglas específicas de atribución de la condición de arrendatario en los supuestos de adjudicación de la vivienda a persona distinta del arrendatario como consecuencia de los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio³⁸.

Esta norma ha sido recientemente objeto de modificación parcial por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que se compone de tres artículos, de dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y cuatro disposiciones finales³⁹.

El artículo primero se dedica a la modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, en concreto, los artículos 4, 5, 7, 9 a 11, 13 a 20, 23 a 25, 27, 35 y 36. En el artículo segundo, por su parte, se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en concreto, los artículos 22, 164, 220, 440, 497, 549 y 703.

Y, en el artículo tercero se crea el Registro de sentencias firmes de impagos de alquiler de la renta cuya organización y funcionamiento se regulará por Real Decreto. Tiene como finalidad ofrece información a los futuros arrendadores sobre aquellas personas que como arrendatario atesoran un importante historial de incumplimiento de sus obligaciones de pago de renta, lo que queda claramente probado por las diversas condenas en sentencia firme en procedimiento de desahucio por la vía del artículo 250.1.1 o por la vía del juicio verbal —art. 438— ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tal fin, el Secretario Judicial correspondiente remitirá al Registro información sobre las sentencias firmes por impagos de rentas de alquiler de tales arrendatarios. Con ello se pretende que cualquier persona, que quiera arrendar, pueda conocer de antemano, si ese arrendatario incumple asiduamente sus obligaciones o no.

En el mismo sentido que el secretario, los órganos de arbitraje competentes —si se ha optado por esta modalidad de resolución de conflictos—, han de poner en conocimiento del dicho Registro los datos relativos a aquellas personas

³⁸ SERRANO ALONSO, E., y SERRANO GÓMEZ, E., «Manual de Derecho de Obligaciones», T. II, vol. 2, *Los contratos en particular*, Edisofer, Madrid, 2009, pág. 140.

³⁹ BOE, núm. 134, Sección I, de 5 de junio de 2013, págs. 42.244 y 42.256.

que hayan sido declaradas responsables de impago de rentas de arrendamiento mediante el correspondiente laudo arbitral dictado al efecto.

En este contexto, tendrán acceso a la información que se publique en el Registro, todos aquellos propietarios de inmuebles que, deseen suscribir contratos de arrendamientos sobre los mismos, sean personas físicas o jurídicas. Para ello deberán presentar una propuesta de contrato de arrendamiento en la que se identifique el eventual arrendatario, limitándose la información que se le proporcione, a los datos que consten en el Registro relacionados exclusivamente con dicho arrendatario.

En todo caso, el arrendatario incluido como incumplidor en el registro podrá instar la cancelación de la inscripción en que aparece con tal condición, cuando acredite en el proceso correspondiente, que hubiera satisfecho las deudas a las que fue condenado. De todas formas, la constancia registral de tal situación está sujeta a un periodo máximo de duración seis años, pasado el cual se procederá a la cancelación automática de la inscripción. Se trata de un periodo de caducidad. Aunque resulte obvio mencionarlo, la inscripción en este Registro está sujeta a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por su parte, la Disposición Adicional primera se dedica a la transmisión de información sobre los contratos de arrendamiento que se suscriban con la finalidad de definir, proponer y ejecutar la política del Gobierno relativa al acceso a la vivienda; para ello, el Ministerio de Fomento podrá suscribir instrumentos de colaboración que le permitan obtener información acerca de la localización de las viviendas, de los contratos de arrendamientos que se suscriban con los Registradores de la Propiedad, con los registros administrativos de contratos de arrendamiento, o del depósito de fianzas en aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de ellos, con el Consejo General del Notariado, y con aquellos registros de carácter estadístico que consten en la Administración Tributaria derivados del acceso a beneficios fiscales de arrendadores y arrendatarios. En ningún caso, dicha información contendrá datos de carácter personal protegidos por la legislación en materia de protección de datos⁴⁰.

La Disposición Adicional segunda se refiere al régimen aplicable a las ayudas de los Planes Estatales de Vivienda y Renta Básica de Emancipación. De forma que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley será de aplicación el siguiente régimen de ayudas de subsidiación de préstamos, Ayudas Estatales Directas a la Entrada y subvenciones reguladas en los Planes Estatales de Vivienda cuyos efectos se mantengan a la entrada en vigor de esta Ley y a las ayudas de Renta Básica de Emancipación establecidas por el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre:

- a) Se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos que se vinieran percibiendo.

Asimismo se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos reconocidas, con anterioridad al 15 de julio de 2012, que cuenten con la conformidad del Ministerio de Fomento al préstamo, siempre que éste

⁴⁰ Su inclusión en el texto del Proyecto de Ley inicial fue consecuencia de la enmienda transaccional a las enmiendas número 73 del GP Catalán (CiU) y 122 del GP Popular, que se acordó en el Informe de la Ponencia durante su tramitación en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 21-3, pág. 2).

se formalice por el beneficiario en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley. Sin embargo, quedan suprimidas y sin efectos el resto de ayudas de subsidiación al préstamo reconocidas dentro del marco de los Planes Estatales de Vivienda. Por su parte, no se admitirán nuevos reconocimientos de ayudas de subsidiación de préstamos que procedan de concesiones, renovaciones, prórrogas, subrogaciones o de cualquier otra actuación protegida de los planes estatales de vivienda.

- b) Las Ayudas Estatales Directas a la Entrada que subsisten conforme a la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, sólo podrán obtenerse cuando cuenten con la conformidad expresa del Ministerio de Fomento a la entrada en vigor de esta Ley, y siempre que el beneficiario formalice el préstamo en un plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la misma.
- c) Se mantienen las ayudas del programa de inquilinos, ayudas a las áreas de rehabilitación integral y renovación urbana, rehabilitación aislada y programa RENOVE, acogidas a los Planes Estatales de Vivienda hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. Se suprimen y quedan sin efecto, no obstante, el resto de subvenciones acogidas a los Planes Estatales de Vivienda.
- d) Las ayudas de Renta Básica de Emancipación reguladas en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, que subsisten a la supresión realizada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, y por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, se mantienen hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas, del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016⁴¹.

Por tanto, se mantienen las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos reconocidas antes del 15 de julio de 2012, que cuenten con la conformidad del Ministerio de Fomento, y se formalicen por el beneficiario en el plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley; las ayudas del programa de inquilinos, ayudas a las áreas de rehabilitación integral y renovación urbana, rehabilitación aislada y programa RENOVE, acogidas anteriores los Planes Estatales de Vivienda; y, las ayudas de Renta Básica de Emancipación hasta que sean efectivas las nuevas líneas de ayudas del Plan Estatal de Fomento del Alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. Sin embargo, quedan suprimidas y sin efectos el resto de ayudas de subsidiación al préstamo reconocidas dentro del marco de los anteriores Planes Estatales de Vivienda.

En cuanto al régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en concreto bajo la Ley 29/1994, continuarán rigiéndose por la misma, tal como dispone la Disposición Transito-

⁴¹ Su incorporación al texto definitivo fue consecuencia de la enmienda número 105, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, si bien se acordó no incorporar su texto al Anejo del Informe de la Ponencia en el Senado, manteniendo la enmienda para su consideración y debate en la comisión, siendo incluida en el texto de la Ley con su aprobación por la comisión con competencia legislativa plena (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie A, núm. 21-4, de 11 de marzo de 2013, págs. 1 a 12).

ria primera. Si bien, se posibilita que, si las partes lo acuerdan y siempre que no resulte contrario a la previsiones legales de la citada Ley 29/1994, puedan adaptarse los contratos al régimen establecido en la nueva ley.

Respecto a los procesos de desahucio que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley, no les será de aplicación las modificaciones introducidas en el artículo segundo; de forma que se seguirán sustanciándose hasta que recaiga decreto o sentencia, conforme a la legislación procesal anterior (Disposición Transitoria segunda)⁴².

Esta Ley se aprueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a, 6.^a, 8.^a y 13.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales, legislación procesal, legislación civil, ordenación de los registros e instrumentos públicos y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (Disposición Final primera).

Se autoriza, asimismo, al gobierno para que en el ámbito de sus competencias, dicte las disposiciones reglamentarias y las medidas necesarias para el desarrollo y aplicación de esta ley (Disposición Final tercera).

Precisamente, el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, habrá de adaptar el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos a las previsiones contenidas en la nueva Ley, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos, y, asimismo, habrá de modificar los aranceles notariales y registrales aplicables (Disposición Final segunda)⁴³.

Finalmente, se indica que esta Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (Disposición Final cuarta) —en concreto, el día 6 de junio de 2013—.

Lo cierto es que esta Ley parte de una base real como es que, el mercado inmobiliario español se caracteriza por una alta tasa de propiedad y un débil mercado del alquiler; en concreto apenas un 17 por 100 frente a la media de la Unión Europea próxima al 30 por 100; por lo que España viene a ser el país europeo con mayor número de viviendas por cada 1.000 habitantes, pero también el que posee un menor parque de viviendas en alquiler.

Por otra parte, la grave situación de crisis económica en que se encuentra asumido nuestro país con una tasa de paro cercana al 27 por 100 de la población activa hacen que sea ahora más difícil el acceso al crédito por los particulares; esto unido a una reforma del mercado laboral que exige una mayor movilidad de trabajadores, determinar que el mercado del alquiler se convierta ya no sólo una alternativa a la propiedad, sino la única forma de poder acceder a una vivienda.

De todas formas, nuestro mercado arrendaticio opera principalmente sobre la bases de las relaciones *inter partes*, entre particulares —arrendador y arren-

⁴² Su inclusión en el texto del Proyecto de Ley inicial fue consecuencia de la enmienda transaccional a la enmienda número 160 del GP Socialista, que se acordó en el Informe de la Ponencia durante su tramitación en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 21-3, pág. 3).

⁴³ Su inclusión en el texto del Proyecto de Ley inicial fue consecuencia de la enmienda transaccional a las enmiendas número 34 del GP de UPyD, 75 del GP Catalán (CiU) y 123 del GP Popular; que se acordó en el Informe de la Ponencia durante su tramitación en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 21-3, pág. 3).

datario— más que, como sucede en otros países europeos, por constituir un verdadero mercado profesionalizado, lo que no impide potenciar esta forma de acceso al arrendamiento.

En este contexto, esta Ley tiene por objeto fundamental, según dispone en su Preámbulo, «flexibilizar el mercado del alquiler para lograr la necesaria dinamización del mismo, por medio de la búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de viviendas en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio».

Para conseguir este objetivo:

1. Se refuerza la autonomía, la libertad de las partes, dando prioridad a su voluntad en la redacción de los contratos en el marco de lo establecido en el Título II de la Ley.
2. Se reduce de cinco a tres años la prórroga obligatoria y de tres a uno la prórroga tácita. Para ello se reforman los artículos 7, 9, 10, 11, 13, 14 y 16 de la Ley 29/1994, y los artículos 20.2 y 36 se retocan para acomodar su dicción a la nueva duración de los contratos.
3. En el régimen aplicable a los arrendamientos de vivienda, además de dar prioridad a la voluntad de las partes a la hora de redactar el contrato (art. 4.2) —lo que como se analizará tiene una especial importancia al aumentar el número de normas dispositivas en el Título II de la Ley—, se posibilita en el número cinco del mismo artículo 4 que las partes puedan someter a mediación o arbitraje aquellas controversias que, por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio); y del arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre).
4. La recuperación del inmueble por el arrendador para destinarlo a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial, si bien se requiere que haya transcurrido el primer año de duración del contrato (art. 9.3).
5. La previsión de que el arrendatario puede desistir del contrato en cualquier momento y una vez hayan transcurrido seis meses y lo comunique al arrendador con la antelación mínima de treinta días (art. 11).
6. La determinación, actualización y elevación por mejora de la renta; para ello se modifican los artículos 17, 18, 19 y 20, este último relativo a los gastos generales repercutibles al arrendatario, cuyo incremento está conectado con la renta.
7. La renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente, en los casos en que se haya pactado la misma (art. 25, apartado 8).
8. La resolución del contrato por falta de pago del arrendatario y subsiguiente desahucio, para ello se añade un apartado cuarto al artículo 27, y se modifican diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de agilizar el procedimiento de desahucio.

Asimismo, con esta Ley se persiguen otros dos objetivos:

1. Dotar de una mayor seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, añadiendo un número 2 al artículo 7, además de modificar varios preceptos en el sentido, por un lado, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que ins-

criban su derecho; y por otro, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no puede resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito.

2. Actuar en situaciones de intrusismo y competencia desleal que van en contra de la calidad de los destinos turísticos. Se refiere el legislador al aumento significativo del uso de alojamientos privados para el turismo. Se pretende frenar estos usos, excluyendo del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos los contratos que tengan por objeto la cesión temporal del uso de la totalidad de una vivienda amueblada comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa. Para ello se añade una letra *e)* al artículo 5. Se trataría de arrendamiento de temporada, para uso distinto de vivienda, pues, no representa otra cosa esa cesión temporal, al que le resultará de aplicación el régimen específico derivado de la normativa sectorial —normativa autonómica— si la hubiera; y de no existir ésta, en el Preámbulo remite al régimen de los arrendamientos de temporada que no sufre modificación; y, en última instancia, a lo previsto en el Código Civil.

Ahora bien, aunque no se especifican en el citado Preámbulo de la Ley, también hay que señalar otras importantes modificaciones en la Ley de Arrendamientos Urbanos en la línea con los objetivos marcados en la actual reforma. Así, por un lado, en relación con la separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario se añade un segundo inciso al número 1 del artículo 15 donde se destaca que al cónyuge al que se le ha atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamientos para a ser el titular del contrato. Una cuestión objeto de controversia conforme a la legislación vigente —que ahora se resuelve considerándolo el titular del contrato—, y que dejamos aquí apuntada, pues, desarrollaremos esta modificación con más profundidad en otro apartado de este estudio.

Por otro, el legislador añade un número 6 al artículo 4 —que se dedica al régimen aplicable a los arrendamientos urbanos de viviendas— en el que se dispone que las partes pueden señalar una dirección electrónica a efectos de realizar las notificaciones previstas en esta ley, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron. Puede ser realizada por ambas partes.

Asimismo, se aprovecha la reforma para suprimir alguna mención que sobra en el texto legal de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, como la referencia al Título V del artículo 4.1 que, había quedado sin sentido tras la derogación de ese título por la Ley de Enjuiciamiento Civil; o, para añadir alguna que resultaba ser una exigencia legal necesaria como la remisión a la letra *d)* del apartado 2 del artículo 27, que lleva a cabo el artículo 35 como causa de resolución de pleno derecho del contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda.

En este contexto, el presente estudio lo vamos a centrar en la situación jurídica del cónyuge del arrendatario en aras a la protección de la vivienda arrendada como vivienda familiar en situaciones como la no renovación, desistimiento o abandono de la vivienda por el cónyuge arrendatario (art. 12), y en los supuestos de nulidad, separación y divorcio al que le atribuyen el uso de la vivienda familiar (art. 15), objeto de una importante modificación en la nueva Ley.

II. LA CONDICIÓN DEL ARRENDAMIENTO DESTINADO A SATISFACER LA NECESIDAD PERMANENTE DE VIVIENDA DE LA FAMILIA

Como hemos señalado, dos de los caracteres que definen la vivienda, ocupación y permanencia se encuentran íntimamente unidos, siendo el primero un componente real y de hecho u objetivo, mientras que el segundo, es intencional o subjetivo. La ocupación con vocación de permanencia es exigida en los artículos 2 y 7.1 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, siendo este segundo una ampliación del primero. Conforme al artículo 2, sólo es arrendamiento de vivienda el destinado a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario; por su parte, del artículo 7.1 resulta que también es arrendatario de vivienda el que no satisface la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, siempre que satisfaga la del cónyuge no separado legalmente o de hecho, o la de sus hijos dependientes. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, los cónyuges están obligados a vivir juntos, presumiéndose que, así sucede, salvo prueba en contrario (arts. 68 y 69 del CC). A consecuencia de esta obligación en los términos expuestos en el anterior apartado, los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, debe resolver el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 70 del CC). Sobre tales bases, la relación entre ambos preceptos permite distinguir entre arrendatario y beneficiario del arrendamiento; esto es, entre quien concierne el arrendamiento y se obliga al pago de la renta y quien va a disfrutar del inmueble como vivienda. En el caso de familia nuclear —cónyuge e hijos del arrendatario—, pueden no coincidir arrendatario y beneficiario, lo que no afecta al régimen del arrendamiento, que será el de vivienda. De forma que, es posible que el arrendatario que convive con su cónyuge del que no se halla separado legalmente o de hecho y/o con sus hijos dependientes, puede dejar de tener en la vivienda familiar por razones laborales o profesionales, por motivos del salud, por ejemplo, su residencia (vivienda) permanente, sin que el arrendamiento de vivienda pierda por ello tal condición, siempre que sigan habitando en ella el cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes. Asimismo, es posible que una misma persona pueda ser titular de más de un contrato de arrendamiento, cuando sus hijos dependientes están cursando estudios fuera de la vivienda familiar, en concreto, en la localidad donde se encuentra la otra vivienda arrendada por el padre y/o madre, habitualmente, por razón de mayor solvencia de los padres; de ahí su elección por el arrendador en lugar de sus hijos, como titulares (firmantes) del contrato de arrendamiento. Por tanto, una persona puede ser titular de varios contratos de arrendamiento de vivienda, pero sólo podrá ser beneficiario de un arrendamiento de vivienda.

De forma que la no permanencia en la vivienda del arrendatario en la vivienda familiar arrendada ha de deberse a cualquiera de las causas expuestas u otras que justifiquen su no estancia en la misma, pues, si se debe a abandono del domicilio familiar, resultaría aplicable el artículo 12 de la Ley 29/1994, o, de ser consecuencia de una situación de crisis matrimonial que, culmina en un acuerdo o convenio o en la adopción de medidas definitivas por el juez en un proceso sobre nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el precepto a tener en cuenta sería el artículo 15 del citado cuerpo legal.

Lo cierto es que, como precisa GUILARTE ZAPATERO, para que el contrato de arrendamiento de vivienda no pierda su condición es necesario que concurra un presupuesto objetivo y otro subjetivo. El primero se ofrece, a su vez, en un doble aspecto: negativo, por una parte, en cuanto implica que el arrendador no

utiliza la finca arrendada como vivienda permanente, y positivo, por otra, que exige la utilización de ésta por determinadas personas. El segundo se refiere, en efecto, a la necesidad de que sean determinadas personas quienes continúen en la vivienda para que el arrendamiento no pierda su condición⁴⁴.

Ahora bien, en este contexto nada impide, obviamente, que los cónyuges, o en su caso, los hijos, que habiten en viviendas distintas, sean titulares en lugar de beneficiarios de contratos de arrendamientos otorgados individualmente. No entrando este supuesto en el ámbito de aplicación del artículo 7.1 por tener los cónyuges y/o los hijos su vivienda permanente en inmuebles arrendados *proprio nomine* o en su propio nombre⁴⁵.

En todo caso, el artículo 7.1 piensa en la hipótesis en que el titular del contrato de arrendamiento es uno sólo de los cónyuges. No así, cuando los dos cónyuges suscriben como titulares el contrato de arrendamiento, o cuando el régimen económico-matrimonial —sociedad de gananciales— que rigen para ello le atribuye el carácter ganancial al contrato de arrendamiento, y, en consecuencia, la condición de arrendatario a ambos cónyuges.

Por otra parte, hay que señalar que, el artículo 7 es una norma imperativa, por lo que el arrendador no puede imponer al arrendatario en el contrato de arrendamiento la renuncia a tal beneficio a favor del cónyuge y los hijos dependientes⁴⁶. Recordemos que el artículo 6 que no ha sido objeto de reforma en la nueva Ley considera nulas y, por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del Título II, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice. Lo que no impide que, pueda considerarse válida una estipulación contractual en la que se limite expresamente el número o la condición de las personas que pueden habitar en la vivienda arrendada de forma permanente, que no sean ni el cónyuge no separado ni los hijos dependientes del arrendatario, incluso aunque en ella deje de residir el arrendatario de forma permanente⁴⁷.

El artículo 7.1 exige que el cónyuge no esté separado legalmente o de hecho y que los hijos dependan del arrendatario. En efecto, en los términos expuestos, si éste deja de habitar la vivienda arrendada por haberse separado de su cónyuge, no resulta aplicable este precepto, sino los artículos 12 y 15, según que la separación haya sido de hecho o judicial. En cuanto a los hijos dependientes son los sometidos a patria potestad (art. 154 del CC) o patria potestad prorrogada (art. 171 del CC), o tutela de los padres (art. 236.2 del CC), porque en estos casos tienen la obligación de tenerlos en su compañía. Dado que el artículo 7.1 no precisa, en virtud de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española y 108 del Código Civil por hijos hay que comprender tanto los matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos. Respecto a los hijos mayores de edad, hay que señalar que, el citado artículo 7 ha optado por la expresión «hijos dependientes», a diferencia de la contenida en otros preceptos como el artículo 16.1.c) que emplea

⁴⁴ GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, pág. 94.

⁴⁵ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 33.

⁴⁶ ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, pág. 123.

⁴⁷ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 30.

la expresión «sujetos a patria potestad o tutela»; de forma que en ese concepto amplio se pueden incluir los hijos mayores de edad y emancipados que no se han independizado todavía económicamente y a los que los padres continúan proporcionando alimentos a pesar de no estar sujetos ya a patria potestad o tutela. En la medida en que dependen económicamente del arrendatario⁴⁸. Ahora bien, DÁVILA se pregunta que, si al hablar el precepto de sus hijos dependientes, después del cónyuge no separado habrá de entenderse comprendidos únicamente a los hijos del arrendatario —comunes—; o si también ha de incluir a los hijos del cónyuge. Parece que, la inclusión viene impuesta por el artículo 39 de la Constitución Española y, por la injusticia que supondría excluirlos cuando otras normas del ordenamiento jurídicos (arts. 176.2.2.^a y 1362.1 del CC), tratan de integrarles en la vida familiar⁴⁹.

Al contemplar el precepto sólo al cónyuge no separado y a los hijos dependientes, cualquier otro pariente —hermano, ascendiente— quedan fuera del ámbito de aplicación subjetiva del mismo⁵⁰; por lo que en estos casos para una parte de la doctrina, sólo sería posible utilizando la fórmula de contrato a favor de tercero, con fundamento en el artículo 1257 del Código Civil, ya que no se prohíbe en el seno de la normativa arrendaticia esta forma de contratación, al admitirse la aplicación del Código Civil (art. 4.2 de la LAU)⁵¹. Si bien, por su parte, PANTALEÓN critica una posible interpretación «a contrario» del artículo 7, que acabe llegando a la conclusión de que no caben otros contratos de arrendamiento de vivienda a favor de tercero que, aquellos de los que son beneficiarios el cónyuge no separado o los hijos dependientes de quien se obliga frente al arrendador a pagar la renta, y, en consecuencia, conlleve la no aplicación del plazo mínimo del artículo 9 al arrendamiento por un hijo de una casa para vivienda permanente de su anciana madre, o al arrendamiento de un piso por una sociedad para vivienda permanente

⁴⁸ CLEMENTE MEORO, M., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, Jurisprudencia y formularios)*, coordinador: FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 120; GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 95; ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 119-120; VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* dirigidos por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 159. En contra, LOZANO Y DE FUENTES, V., *Todo sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Praxis, Barcelona, 1994, pág. 25, pues, entiende por hijos dependientes sólo a los hijos sujetos a patria potestad.

⁴⁹ DÁVILA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 62-63.

⁵⁰ GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 95.

⁵¹ LOSCERTALES FUERTES, D., *Los arrendamientos urbanos, SEPIN*, Madrid, 1995, pág. 197; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, págs. 36-37. En contra, ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 122, pues, desde la perspectiva del arrendador, en la Ley de Arrendamientos Urbanos se eliminan casi todos los supuestos de subrogación *inter vivos*, excepto los establecidos en el artículo 12; y el arrendamiento sólo puede cederse con consentimiento del arrendador (art. 8.1). Y, desde la perspectiva del arrendatario, se trata de evitar la circunstancia anómala de que una persona se beneficie en más de un contrato de la protección que concede la Ley de Arrendamientos Urbanos al arrendatario, lo que además entraría en contradicción con lo establecido en el artículo 2.1: que el contrato tenga como destino primordial la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.

de un empleado suyo⁵². En todo caso, no cabe duda que, si quien disfruta de la vivienda no es ni el cónyuge no separado ni el hijo del arrendatario supone una causa de resolución del contrato por la vía del artículo 27.2, letra c) o la del artículo 27.2, letra f) de la LAU. En cuanto a la aplicación de este artículo 7.1 a los casos en los que el arrendatario es persona jurídica, esto es, el caso que arrienda un piso figurando como titular del contrato de arrendamiento y pagando la renta, con la intención de satisfacer la necesidad permanente de vivienda de un empleado suyo, y poco después es trasladado por motivos de trabajo a otro lugar, quedando su cónyuge e hijo en la vivienda arrendada. Cabrían varias posibilidades o considerarlo fuera del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, resultando aplicable el Código Civil, o, entenderlo como un supuesto de arrendamiento de uso distinto del de vivienda, o, en fin, como parece ser un sentir mayoritario en la doctrina, admitir la posibilidad de un contrato de arrendamiento de vivienda a favor de un tercero —empleado (persona física)— designado específicamente en el contrato⁵³. Parece más lógico inclinarse por esta última opción, pues, una persona jurídica en sí misma no puede ser nunca arrendataria, y, en todo caso, habrá de especificarse el destino primordial que, se atribuye al inmueble como es la satisfacción de necesidad permanente del beneficiario concreto designado por la persona jurídica (art. 2.1).

Ahora bien, a diferencia de los artículos 12, 16 y 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el artículo 7.1 no se refiere, además de al cónyuge, a la «persona con quien conviva por análoga relación de afectividad». Es por ello que algunos autores han negado la aplicación del artículo 7.1 al supuesto en que el beneficiario de la vivienda sea la pareja de hecho del arrendatario que no tenga en ella su vivienda permanente, con base a que el precepto tiene su lógica en el deber de convivencia que se deriva del vínculo conyugal (art. 70 del CC), que no existe en las parejas de hecho, por no haber discriminación entre las parejas casadas y no casadas; y, la deliberada intención del legislador arrendaticio de excluir las de su ámbito de aplicación, entre otros⁵⁴. Aunque no faltan también argumentos a favor como la interpretación sistemática de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues, resulta absurdo que para el caso en que el arrendatario abandone la vivienda se prevea en el artículo 12 la posibilidad de que su pareja de hecho se convierta en arrendatario, mientras que de no mediar abandono por parte del conviviente-arrendatario el arrendamiento puede ser resuelto si ésta deja de tener en la finca arrendada su vivienda permanente [art. 27.2, letra f) LAU]; la concepción amplia de la familia prevista en el texto constitucional (art. 39), donde matrimonio y familia no se consideran términos esencialmente coincidentes; y la tendencia jurisprudencial constitucional en los últimos tiempos favorable a reconocer ciertos derechos a la pareja de hecho,

⁵² PANTALEÓN PRIETO, F., «Introducción», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, págs. 24-25.

⁵³ En este sentido, QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 39; ROJO AJURIA, L., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 128-129.

⁵⁴ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 46; GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 95; VALLADARES RASCÓN, E., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 161. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de junio de 2005 (JUR 2005/176879).

en concreto, el derecho a subrogarse *mortis causa*⁵⁵. De todas formas, ante las dudas que crea la aplicación a los convivientes *more uxorio* del citado artículo 7.1, se podrían resolver incluyendo en el contrato de arrendamiento su expresa aplicación a los mismos, o asumiendo ambos la condición de arrendatarios o, en fin introducir una cláusula contractual que, produzca los mismos efectos que el artículo 7.1, vinculando el destino primordial a la satisfacción de la necesidad permanente de vivienda del arrendatario y de su pareja. De no realizarse así, y no tener la pareja hijos dependientes, el conviviente *more uxorio* se vería forzado a alegar el abandono de la vivienda por su pareja y por consiguiente la aplicación del artículo 12, ante la desprotección del artículo 7.1. No obstante, de existir hijos dependientes se resolvería, asimismo, el problema, pues, serían entonces estos quienes tendrían derecho a continuar en la vivienda arrendada.

En este contexto, el artículo 7.1 se aplica sólo para los arrendamientos de vivienda, pues, de no haber previsto nada las partes con respecto a los arrendamientos de uso distinto del de vivienda, habría de aplicarse a estos el artículo 32 de la LAU, esto es, la obligación para el arrendatario de notificar de forma fehaciente al arrendador en el plazo de un mes la cesión, pues, de no hacerlo así procedería la resolución de pleno derecho del contrato conforme el artículo 35 de la LAU.

Por último, la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 7.1 determina la resolución del contrato de arrendamiento por la vía del artículo 27.2, letra f) de la LAU.

Ahora bien, con la actual reforma de 2013 se pretende, como se indica en el Preámbulo de la nueva Ley, «normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de vivienda para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad»; y para ello, «en primer lugar, los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho; y en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no puede resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador ni del arrendatario». A tal fin se añade un número 2 al artículo 7 en que se indica que «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad». Y, asimismo, a lo largo del articulado objeto de reforma se hacen, igualmente, continuas referencias a la necesidad de inscripción del arrendamiento para que éste continúe durante todo el plazo de duración en caso de conflicto con los derechos de un tercero —y en particular cuando éste reúna los requisitos del art. 34 de la LH (arts. 9.3, 13.1 y 14 de la Ley)—.

Lo cierto es que el legislador parece establecer, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos en el Registro de la Propiedad no pueden oponerse a terceros ni siquiera en el plazo mínimo de protección de tres años; en segundo lugar que, aquellos, asimismo, no pueden surtir efectos frente a terceros adqui-

⁵⁵ DÁVILA GONZÁLEZ, J., «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 63-64, quien piensa que el legislador puede haber incurrido aquí en inconstitucionalidad, tras la doctrina sentada en las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre y 6/1993, de 18 de enero. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 30 de abril de 2002 (*JUR* 2002/207050).

rentes que inscriban su derecho —en particular, los que reúnan los requisitos exigidos por el art. 34 de la LH—; y en último término, que la seguridad del tráfico inmobiliario se consigue protegiendo a los terceros frente a lo no inscrito, siempre que estos a su vez hayan inscrito su derecho en el Registro. En todo caso, conviene precisar que, por un lado, el arrendamiento inscrito se opone tanto frente al tercero, que inscriba su derecho, como frente al que no lo inscribe sobre la base de la regla de la no oponibilidad a tercero de lo no inscrito en el Registro que consagra el artículo 32 de la Ley Hipotecaria —esto es el contenido del registro no sólo debe reputarse exacto, sino también íntegro, por lo que el tercer adquirente puede desconocer legítimamente cuantas posiciones jurídico-inmobiliarias están ausentes de publicidad en el Registro—, y en relación con los arrendamientos de bienes raíces el artículo 1549 del Código Civil; y por otro que el denominado principio de fe pública registral contenido en el artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria tiene como consecuencia normativa fundamental que, el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de la persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho; lo que equivale a afirmar que, en tal caso, el tercero adquiere una titularidad jurídico-real (propiedad o cualquier otro derecho real) inatacable⁵⁶. Aunque sobre el significado del referido artículo 32 existe un importante debate doctrinal, la tendencia mayoritaria en la doctrina se inclina por considerar que, su *ratio legis* consiste en ratificar desde un punto de vista negativo cuanto el artículo 34 expresa en términos positivos⁵⁷. Se refiere así el tercero del artículo 32 al tercero hipotecario; otro sector opta por señalar que el tercero del que habla el artículo 32 no tiene otro requisito que cumplir que la inscripción de las posiciones jurídico-reales y, por supuesto, tener buena fe; y, en fin, no faltan quienes prefieren inclinarse por una tesis intermedia, de forma que hay casos cubiertos por ambos preceptos y otros únicamente por el primero o por el segundo.

En este contexto, el legislador ha trasladado de nuevo la regla de inoponibilidad de lo no inscrito y el principio de fe pública al ámbito de los arrendamientos —como ya lo hiciera en su momento con la Ley 29/1994— con más confusión que acierto, y en consecuencia, ha dispuesto en el artículo 7.2 como en otros preceptos también objeto de reforma que, el tercer adquirente que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no puede resultar perjudicado por el arrendamiento no inscrito ni siquiera en el plazo mínimo de protección de tres años —frente a lo que sucedía con la anterior normativa—; y que sólo los arrendamientos que se inscriban en el Registro surtirán efectos frente a terceros que hayan inscrito su derecho. En puridad, lo deseable es que cualquier arrendamiento no inscrito sea inoponible a cualquier tercero —adquirente a título oneroso de buena fe—, haya inscrito o no su derecho. En todo caso, la inscripción del derecho del tercero en el Registro es requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que la fe pública registral proteja a ese tercero que, actúa confiado en lo que publica el Registro.

Sobre tales bases, la inscripción del arrendamiento no sólo influye en la duración del arrendamiento por los tres años de prórroga forzosa y, en su caso,

⁵⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 13 de mayo de 2011 (*RJ* 2011/3858).

⁵⁷ Vid., por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, V, *Derechos reales y Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, págs. 325.

más un año de prórroga tácita frente a terceros, sino también determinará la continuación el arrendamiento por la duración pactada, conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y artículo 14, cuando el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o en el ejercicio de un derecho de opción de compra; pues de no estar inscrito el arrendamiento se extingue (art. 13.1); o, durante ambas prórrogas incluso frente al adquirente que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que conste inscrito el arrendamiento con anterioridad a la transmisión de la finca; pues, igualmente, de no estar inscrito, se extingue.

III. LA NO RENOVACIÓN, DESESTIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y EL ABANDONO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR EL ARRENDATARIO

Con el objeto de proteger la vivienda familiar y, por ende, al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, frente a decisiones unilaterales tomadas por el titular del contrato de arrendamiento tales como desistir del contrato, oponerse a las prórrogas legales o simplemente abandonar la vivienda, el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos posibilita que aquellos puedan subrogarse en la posición del arrendatario; pues, atendiendo a lo que dispone el artículo 7, ya analizado, aunque el cónyuge no titular del contrato de arrendamiento quisiera continuar con el arrendamiento, el arrendador podría poner fin a la relación contractual, dado que desde el momento en que el titular del arrendamiento no tenga en la finca arrendada la vivienda permanente, el arrendamiento de vivienda pierde tal condición, a menos que continúe viviendo en ella el cónyuge no separado legalmente o de hecho, o los hijos dependientes del arrendatario titular del contrato. Precisamente, si el cónyuge titular del contrato de arrendamiento ha abandonado la vivienda, se supone una separación de hecho, por lo que de no existir hijos dependientes comunes, el arrendador podrá resolver el contrato por la vía del artículo 27.2, letra f) de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando conforme al artículo 7, o por la vía de la letra c) del citado precepto por estar ante un supuesto de cesión inconsentida.

Este artículo 12 contiene, además, un régimen especial que se impone al régimen general previsto en el artículo 1320 del Código Civil para la disposición de los derechos sobre la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges⁵⁸. Lo cierto es que, de no existir el mencionado artículo 12, si el arrendatario realizara por sí solo algún acto dispositivo de los que en dicho precepto se prevén, sería en principio eficaz, si bien sujeto a anulabilidad por exigir el asentimiento del cónyuge no titular (art. 1322 del CC), pudiendo consolidarse la adquisición del derecho a utilizar la

⁵⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentario, Jurisprudencia y Formularios)*, coordinador: FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 237.

vivienda arrendada por un tercero de buena fe *ex* artículo 1320.2 del Código Civil, con la consiguiente pérdida del derecho de uso por parte del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario⁵⁹.

Por tanto, responde a la misma finalidad que el artículo 1320 del Código Civil, esto es, proteger la estabilidad de la vivienda familiar, permitiendo al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario subrogarse en el contrato de arrendamiento como titular del mismo en caso de concurrir las circunstancias previstas en el artículo 12 —no renovación o desistimiento del contrato de arrendamiento o abandono de la vivienda por el arrendador—, sin necesidad de previo consentimiento del arrendador. Subrogación *ex lege*, que constituye una excepción al régimen previsto en el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos relativo a la cesión del contrato que, exige el consentimiento escrito del arrendador. Ahora bien, cabe plantearse si se trata de una norma que se aplica con independencia del régimen económico matrimonial de los cónyuges, pues, cuando el matrimonio está casado bajo el régimen de sociedad de gananciales y se ha concertado el contrato bajo la vigencia de tal régimen, para un sector importante de la doctrina no cabe duda que, es un bien de naturaleza ganancial⁶⁰; frente a esto no faltan quienes señalan que de admitir esto, los artículos 12, 15 y 16 resultarían normas que sólo encontrarían una aplicación marginal en aquellos matrimonios que no están sujetos a este régimen, o cuando se trata de contratos concertados por uno sólo de los cónyuges antes del matrimonio⁶¹. De ahí que lo más lógico es entender que, el titular del contrato lo será sólo el cónyuge que lo ha celebrado y no los dos consortes, pues, como precisa CARRASCO PERERA, «la ganancialidad no es un modo de adquirir la titularidad de los bienes y derechos. Estos bienes pertenecen como titularidad —y no exclusivamente como titularidad formal o fiduciaria— a quien celebró el contrato de adquisición (a ambos, si lo celebran conjuntamente)». La ganancialidad no es un modo de adquirir —continúa el autor—, «sino de comunicar al otro cónyuge, en una especie de sociedad interna, bienes que no son titularidad del marido y la mujer. La situación no es exclusiva de derechos como el arrendamiento, que constituyen una relación crediticia;

⁵⁹ QUESADA GONZÁLEZ, M. .C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 58; FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, pág. 173, precisa que, sin duda uno de los actos afectados por la necesidad de disposición conjunta establecida en el artículo 1320 del Código Civil es la extinción voluntaria del arrendamientos que tiene por objeto la vivienda familiar. Por su parte, señala SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, pág. 133, que «la norma hubiese sido innecesaria si el legislador hubiese optado por imponer la intervención del cónyuge en el momento de otorgamiento del contrato, con lo que el arrendatario no podría realizar, unilateralmente, actos que afectasen a la vigencia del contrato sin la intervención de su cónyuge».

⁶⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», en *Anuario de Derecho Civil*, vol 39, núm. 2, 1986, págs. 422-425; BENAVENTE MOREDA, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales: Legitimación individual de los cónyuges*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pág. 354; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Actualidad Civil*, 1994-1, pág. 27.

⁶¹ FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 173.

también en la propiedad»⁶². La Ley de Arrendamientos Urbanos atiende, por tanto, a la titularidad del derecho resultante de la celebración del contrato. En este contexto, asimismo, no será de aplicación el artículo 12, cuando el contrato de arrendamiento lo hubieran celebrado ambos cónyuges, o uno solo actuando en su propio nombre y en nombre y representación de su consorte, pues, en estos casos, se entiende que el contrato continuará con el otro cónyuge coarrendatario, sin necesidad de que se produzca ninguna subrogación o cesión de ningún tipo⁶³.

De forma que, los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se aplica indistintamente cualquiera que, sea el régimen económico matrimonial pactado y el momento de celebración del arrendamiento.

Por otra parte, estamos ante una norma imperativa, por lo que no se permite la renuncia anticipada en el contrato de arrendamiento a esta facultad subrogatoria que, se concede al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, por ser nula de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni, por ende, un pacto similar al establecido en el artículo 16.4 de esta misma Ley, por el que se excluye la subrogación en arrendamientos —ahora tras la reforma— de más de tres años —antes cinco años—, cuando la muerte del arrendatario tiene lugar transcurridos los tres primeros años de contrato —antes cinco años—.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, alcanza a los cónyuges o la pareja de hecho del arrendatario, a diferencia del antiguo artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que permitía la subrogación no sólo a favor del cónyuge, sino también bajo ciertas condiciones de convivencia previa, a favor de otros parientes (descendientes, ascendientes y hermanos).

Respecto de los cónyuges, se exige una convivencia, sin precisar si ha de ser actual o basta con que hayan convivido los cónyuges durante algún tiempo en la vivienda. Parece que es suficiente que hayan convivido, pues, el abandono de la vivienda —uno de los supuestos de hecho de la norma— conlleva una separación de hecho y una actual no convivencia⁶⁴. En todo caso, resulta necesario que el cónyuge no titular mediante el uso de la vivienda, esté cubriendo sus necesidades permanentes de vivienda.

En cuanto a la pareja de hecho incluye tanto las parejas heterosexuales como homosexuales y la exigencia de una convivencia como mínimo de dos años anteriores a la no revocación, al desistimiento o al abandono. Estamos ante una presunción *iuris tantum* de estabilidad y consolidación de la pareja, sin que la duración mínima exigida pueda conducir a situaciones injustas y absurdas como la falta de uno o dos días para cumplir el plazo exigido, pues, lo que el legislador pretende en la acreditación de una cierta estabilidad convivencial de la pareja

⁶² CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 314-315. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.^a, de 7 de junio de 2005 (*JUR* 2005/176879).

⁶³ En esta línea, ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 237; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 74.

⁶⁴ En esta línea, QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 62. Sin embargo, ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 238, exige una convivencia actual.

que puede ser objeto por cualquier medio de prueba⁶⁵. No se exige tal duración mínima de convivencia si existe descendencia común que viva o no en la vivienda arrendada, pues, esto constituye para el legislador la prueba real de una convivencia estable. La descendencia ha de ser común —incluso adoptiva— excluyéndose a la que pudiera tener uno de los convivientes a efecto de aplicación del artículo 12. Resulta necesario acreditar la existencia de descendencia común, aunque ésta no viva en la vivienda familiar al tiempo de la no renovación, desistimiento o abandono de la vivienda, bien por fallecimiento, o por su marcha del domicilio familiar. Este requisito de existencia de descendencia común hace difícil considerar cumplido tal requisito en el caso del *nasciturus*⁶⁶. En todo caso, la prueba de la convivencia y su duración o de la descendencia común corresponde hacerla valer a quien pretende ejercitar el derecho reconocido en el artículo 12, esto es, al cónyuge o pareja del hecho del arrendatario.

En todo caso, aunque resulte una obviedad, es preciso que entre los convivientes, exista una relación afectiva a la conyugal, por lo tanto, no resulta de aplicación la norma a aquellos supuestos en que conviven varias personas en la misma vivienda sin dicha relación de afectividad similar a la matrimonial.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación de la norma se regulan diversos supuestos de hecho orientados a poner fin a la relación arrendaticia sin el consentimiento de su cónyuge, o bien que el arrendatario —titular del contrato de arrendamiento— abandone la vivienda sin sujetarse a las formalidades previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que, como hemos señalado, facultan al arrendatario para poner fin de un modo válido a la relación arrendaticia y que han sido, asimismo, objeto de reforma por la Ley 4/2013. En la no renovación se extingue el contrato, al no mantener el contrato durante la prórroga legal y la prórroga tácita; el desistimiento pone, igualmente, fin al contrato durante su duración, sea la inicialmente pactada, sea la prorrogada, siempre que hubieran transcurrido seis meses de vigencia del contrato. Y el abandono supone, asimismo, la extinción del contrato, pudiendo tener lugar en cualquier momento de duración del contrato —ya sea el pactado o sus prórrogas—.

En cuanto a la no renovación del contrato de arrendamiento constituye un acto contemplado en los citados artículos 9 y 10 —modificados en la actual reforma—, consistente en una declaración de voluntad que impide que dicho contrato no se prorrogue llegado el día de vencimiento o de cualquiera de sus prórrogas, cuando la duración pactada del contrato no fuera superior a tres años. La prórroga legal obligatoria es de tres años y la tácita de un año. Para que no proceda la renovación el arrendatario ha de manifestarlo al arrendador en el plazo de treinta días —arts. 9 y 10—. A partir de tal comunicación, el arrendador podrá requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste si desea o no seguir con el contrato de arrendamiento, el cual se extinguirá también para el arrendatario, si no contesta en el plazo de quince días a contar a partir del requerimiento. Por lo que puede darse el caso que el contrato de arrendamiento se extinga a la vez para el arrendatario y su cónyuge o pareja de hecho, si el

⁶⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 20 de septiembre de 1999 (AC 1999/1774).

⁶⁶ Sin embargo, para FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 182-183, razones de equidad permiten extender su aplicación al supuesto del *nasciturus*.

arrendador actúa con la máxima diligencia a la hora de efectuar el requerimientos que, prevé el artículo 12.2.

El desistimiento del contrato de arrendamiento, por su parte, representa una facultad que se concede al arrendatario, una vez haya transcurrido al menos seis meses de vigencia del contrato, y siempre que se lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. En todo caso, las partes pueden pactar en el contrato que para el caso de desistimiento, debe el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los períodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización (art. 11 igualmente, recordemos modificado por la Ley 4/2013). Ahora bien, cabe preguntarse si sólo el desistimiento en los términos expuestos y conforme dispone el artículo 11 entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 12, o cabe ampliar mediante una interpretación teleológica o finalista que tenga presente la *ratio* protectora de la norma, a cualquier incumplimiento o acto equiparable al desistimiento que, ponga en peligro la permanencia del cónyuge o la pareja de hecho del titular del arrendamiento; parece que la falta de concreción en el propio artículo 12 y para evitar tentaciones del arrendatario de perjudicar a su cónyuge o pareja de hecho (por ejemplo, dejando de pagar la renta), resulta más lógico ampliarlo también a estos supuestos. Ante tal planteamiento, el arrendador, ante un incumplimiento del arrendatario, deberá requerir al cónyuge o pareja de hecho para cerciorarse de si desea o no continuar con el arrendamiento, con el derecho a exigir, si opta por lo primero con las consecuencias que, se puedan derivar del incumplimiento⁶⁷.

Al igual que sucede con la no renovación, no resulta necesario que a tales actos les acompañe un abandono de la vivienda por parte del cónyuge titular del arrendamiento. Si bien, el desistimiento puede ser expreso, cuando el arrendatario manifiesta su voluntad al arrendador de no continuar en el contrato, y tácito, cuando está implícito en la conducta del arrendatario que abandona la vivienda arrendada⁶⁸.

Finalmente, el abandono de la vivienda ha de entenderse en un sentido amplio, incluyendo los supuestos de ausencia o desaparición de una persona, como los que sean consecuencia de una crisis familiar que, determina una separación de hecho, pues, la iniciación de un proceso de separación o divorcio determina la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Ahora bien, para que sea operativa la subrogación *ex lege* en caso de no renovación o desistimiento del contrato de arrendamiento, el arrendador ha de requerir al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario para que manifieste su voluntad de continuar o no con el arriendo, pues, presupone que aquél quiere seguir teniendo en la finca arrendada su residencia habitual y permanente. El arrendador —aunque no lo exige la norma—, habrá de realizar el requerimiento en la dirección correspondiente al inmueble arrendado. Por otra parte, con tal requerimiento se concede al arrendador una vía para clarificar la situación de la vivienda arrendada con el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario que, continúa residiendo en la vivienda familiar. No se fija plazo alguno dentro del cual el

⁶⁷ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 79.

⁶⁸ SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 135.

arrendador debe efectuar el requerimiento. Una vez realizado éste, el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario ha de contestar si desea o no ser arrendatario en el plazo de quince días a contar desde el requerimiento. Si no contesta en ese plazo, el arrendamiento se extinguirá transcurrido el mismo. En todo caso, como analizaremos, el cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada.

En cuanto a la forma de requerimiento no se exige ninguna en particular. Podrá verificarse en forma escrita o verbal, siempre que sea expreso. Lo cierto es que resulta recomendable que se haga de forma fehaciente (v.gr., por conducto notarial). Mientras el arrendador no realice el requerimiento, no podrá desahuciar por precario o por falta de pago al cónyuge o pareja de hecho.

Por razones obvias, no será preciso el requerimiento del arrendador, si el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario manifieste antes su voluntad de subrogarse.

No se exige tampoco una forma específica para la contestación que, el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario ha de realizar al requerimiento del arrendador. Si bien, en caso de ser positiva ha de hacerse de forma expresa, ya sea en forma oral o escrita, siendo preferible a efectos de prueba, que se haga de forma fehaciente (por vía notarial). Como hemos señalado, el plazo de quince días comienza a correr desde el día siguiente a la fecha de emisión del requerimiento, siendo un plazo sustantivo (art. 5 del CC —fecha a fecha—) y no procesal. Para evitar que, en un plazo tan breve perjudique al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, pues, transcurra la mayor parte del mismo, sin que éste tenga conocimiento del requerimiento y, por ende, no le quede tiempo para contestar, lo más razonable es que el plazo de quince días comience a correr desde que el requerimiento llegue a su destinatario y tiene éste la posibilidad de conocer su contenido⁶⁹.

En este contexto es importante aclarar que el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario ha de contestar en el plazo de quince días, no que el arrendador ha de recibir la contestación dentro de ese plazo, a diferencia del caso de abandono, pues, en este supuesto el arrendador ha de recibir en el plazo de un mes a contar desde el abandono del arrendatario la notificación escrita del cónyuge o pareja de hecho manifestando su voluntad de ser arrendatario (art. 12.3).

Si al requerimiento contesta el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario de forma negativa o no contesta, el principal efecto para ambos supuestos es la extinción del contrato de arrendamiento. Ahora bien, de tener lugar el requerimiento y la respuesta negativa o la falta de contestación dentro del plazo de preaviso previsto para que el arrendatario haga valer la declaración de no renovación o de desistimiento del contrato —recordemos treinta días— (arts. 9, 10 y 11), determinará que, el contrato de arrendamiento se extingue a la vez para el arrendatario y para su cónyuge o pareja de hecho en la fecha de terminación del contrato o de la prórroga correspondiente. Sin embargo, si para ese mismo supuesto, esto es, el requerimiento y la contestación afirmativa tienen lugar en los plazos de preaviso previstos para la no renovación o el desistimiento, el cónyuge o pareja de hecho adquirirá la cualidad de arrendatario, una vez que el primitivo arrendatario deje de serlo por haber transcurrido el plazo de treinta días.

⁶⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 148.

Por otra parte, si el cónyuge o pareja de hecho del arrendatario no contesta al requerimiento en el plazo de quince días a su recepción, se extinguirá el contrato, como hemos señalado, sin perjuicio de que aquél deba pagar el importe de la renta correspondiente al tiempo en que haya ocupado efectivamente la vivienda arrendada, si supera dicho plazo. Si contesta antes de transcurrir los quince días, deberá abonar las cantidades pertinentes por los días que, ha usado la finca arrendada.

En principio, el deber de pagar la renta hasta la extinción del contrato del arrendamiento corresponde al arrendatario por ser una obligación inherente a su condición de tal.

De forma que, transcurridos los plazos de preaviso de no renovar o desistir del contrato, se extingue éste para el arrendatario, y mientras no requiera el arrendador al cónyuge o pareja de hecho sobre si desea o no continuar en la vivienda arrendada como titular del arrendamiento, aquellos están ocupando la misma; de forma que, al menos por el uso habrán de responder, aunque no quiera luego continuar en el arriendo. Resulta más conveniente para el arrendador que requiera de inmediato al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, una vez que éste haya declarado su voluntad de no renovar o desistir del contrato, de forma que, el requerimiento y el plazo previsto para contestarlo de quince días tenga lugar dentro del plazo de preaviso de treinta días establecido en los artículos 9, 10 y 11, con el objeto de evitar posibles conflictos en relación con el pago de la renta⁷⁰.

En todo caso, aunque resulte obvio, a partir de que la subrogación sea efectiva —contestación positiva al requerimiento y conocida por el arrendador—, asume el cónyuge o pareja de hecho las obligaciones y derechos derivados del arrendamiento, en particular el pago de la renta hasta el vencimiento del plazo establecido en el contrato, además de todas las demás obligaciones que, se derivan del contrato, ya que, se mantiene tal como se convino con el primitivo arrendatario. De forma que, el periodo comprendido desde la no renovación o desistimiento del contrato por el arrendatario hasta la extinción del contrato corresponde el pago de la renta al cónyuge o pareja de hecho del arrendatario que quiere permanecer en la vivienda arrendada, presumiendo que durante ese tiempo ha ocupado la vivienda y, por tanto, no sólo por el tiempo transcurrido desde el requerimiento del arrendador (quince días)⁷¹.

La Ley únicamente establece —consecuencia de la no renovación, desistimiento o abandono—, una subrogación o novación subjetiva en la titularidad del contrato representada en el cónyuge o pareja de hecho, imponiéndosela al arrendador. Evidentemente, esta subrogación depende, en los términos analizados, de que el cónyuge del titular del contrato quiera continuar en el uso de la vivienda y subrogarse en dicho contrato.

A diferencia de los supuestos de no renovación o desistimiento, en el caso de abandono del arrendatario sin manifestación expresa de desistimiento o no renovación, es el cónyuge o pareja de hecho la que debe notificar al arrendador su deseo de continuar o no en la vivienda arrendada, pues, por criterio lógico aquellos son los únicos que conocen cuando se ha producido el abandono por el arrendatario. Tienen para ello el plazo de un mes a contar desde el abandono.

⁷⁰ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 94.

⁷¹ FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 180; QUESADA GONZÁLEZ, M. .C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 96.

Consecuencia de éste, es la existencia de una separación conyugal de hecho o ruptura de la convivencia de pareja que determina la falta de legitimidad para seguir habitando la vivienda (art. 7), lo que puede conllevar la resolución del contrato de arrendamiento *ex* artículo 27.2, letra f), por parte del arrendador al no servir la finca arrendada para cubrir la necesidad primaria de vivienda del arrendatario.

La notificación del cónyuge o pareja de hecho ha de hacerse por escrito, tal como dispone expresamente el apartado 3 del artículo 12, a diferencia del silencio respecto de los otros supuestos; y, asimismo, es recepticia, pues sólo producirá efectos desde que el arrendador la reciba. Una vez recibida tal notificación en plazo no puede éste oponerse a que el contrato continúe hasta su finalización.

Si el arrendador no recibe notificación del abandono, el contrato de arrendamiento se extingue, debiendo el cónyuge o pareja de hecho pagar la renta del mes correspondiente a la notificación, tal como señala el segundo párrafo del número tres del artículo 12. De todas formas, como acertadamente matiza ESTRUCH ESTRUCH, «en este supuesto no es tanto que el contrato se extinga, sino que se aplicará el régimen jurídico del desistimiento unilateral injustificado del artículo 11 de la Ley, por lo que el arrendador podrá exigir la resolución o cumplimiento del contrato, y, en ambos casos, la indemnización de daños o perjuicios», y añade que, la imposición legal del pago de la renta al cónyuge que ha permanecido en la vivienda durante un mes, no evita que el titular del arrendamiento que abandonó la vivienda continúe obligado al cumplimiento íntegro del contrato, y desde luego, no podrá obligarse al pago de esa mensualidad al cónyuge no titular del contrato, si también hubiera abandonado la vivienda⁷²; lo que resulta lógico, pues, no ha usado la misma. Recordemos que, ahora con la reforma del citado artículo 11, el arrendatario podrá desistir del contrato, una vez hayan transcurrido al menos seis meses de vigencia del contrato, y, asimismo, que se puede pactar una indemnización a cargo del arrendatario.

En este contexto, hay que señalar la aplicación del artículo 12 determina como principal efecto, la subrogación legal del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario, pasando a ser los titulares exclusivos del arrendamiento quedando el primitivo arrendador excluido del mismo. Tiene lugar una novación modificativa subjetiva del contrato, y no una novación extintiva, pues, el nuevo titular está sujeto a las condiciones del contrato anterior y le vinculan. En todo caso, se extinguen las garantías prestadas por tercero (art. 1207 del CC), pero continúan subsistentes las que hubiera prestado con anterioridad el cónyuge que ahora se subroga⁷³. Esta subrogación no tiene por causa una cesión del contrato —a diferencia del art. 8—, pues, ni el cónyuge titular ni el arrendador son partes en el negocio constitutivo de la subrogación⁷⁴.

Ahora bien, el citado artículo 12 no resuelve la suerte de las deudas y créditos vencidos antes de la subrogación. Hay que entender que, el arrendatario saliente no se libera de las deudas vencidas —por ejemplo, de impago de la renta—; y ante una posible resolución del contrato de arrendamiento en virtud de tal incumplimiento por parte del arrendador, el cónyuge o pareja de hecho si está interesado en continuar con el arrendamiento, deberá cumplir con lo que exija el arrendador;

⁷² ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 242-243.

⁷³ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 325.

⁷⁴ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 324.

para evitar la resolución⁷⁵. Por lo que se hace responsable al nuevo arrendatario, pues, como precisa CARRASCO PERERA, «si el arrendador hubiera tenido ocasión de manifestarse no hubiera consentido la subrogación sin una asunción debitoria por parte del cónyuge entrante o sin una garantía para el cobro de las deudas vencidas; no se le podrá entonces negar el derecho a dirigirse frente al nuevo arrendatario, pues de lo contrario habría perdido la única garantía de cobro de estas deudas que, es la posibilidad de recuperar resolutoriamente la posesión de la finca en caso de impago»⁷⁶.

Respecto de los créditos contra el arrendador, no parece que se adquieran por el nuevo titular, salvo que el primitivo arrendatario los ceda⁷⁷.

En fin, la subrogación arrendaticia podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, siempre que lo esté el arrendamiento que produce la subrogación.

IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

En situación de crisis matrimonial hay que arbitrar una serie de medidas entre las que se encuentra la atribución del uso de la vivienda que, se convierten en definitivas tras la aprobación del convenio regulador (art. 90 del CC), o por decisión judicial en el caso de un procedimiento contencioso (art. 106 del CC). La ley, al margen de a quien corresponde titularidad del bien, concede el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario a aquel de los cónyuges, al que se atribuye la guardia y custodia de los hijos, y, a falta de estos, al cónyuge más necesitado de protección (art. 96.1 y 3 del CC). Aunque, la guarda y custodia representa uno de los criterios de atribución del uso de la vivienda, sin embargo, mayoritariamente se considera como único titular de este derecho de uso al cónyuge y no los hijos; si bien, estos también resultarán beneficiados por tal adjudicación⁷⁸. Si bien, no faltan quienes consideran como titulares también a los hijos además de al cónyuge custodio⁷⁹.

Se opta, no obstante, por la temporalidad en la atribución del uso, con posibilidad de prórroga⁸⁰. Y, como se dispone en el artículo 233-20.6 y 7 del Código Civil catalán, la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias siempre que sean idóneas para satisfacer las

⁷⁵ QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 111.

⁷⁶ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 325-326.

⁷⁷ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 326.

⁷⁸ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 212; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 107; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 381. Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y de 14 de mayo de 2009 (*RJ* 2009/3006).

⁷⁹ GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 410. Algunos van más allá y consideran titulares exclusivos a los hijos, y el cónyuge únicamente se aprovecha de ese beneficio «en virtud de que se le haya otorgado la guarda y custodia», vid., VICENTE DÍAZ, M., «Cuestiones sustantivas y procesales en los bienes gananciales en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 5, febrero de 1988, pág. 269.

⁸⁰ Vid., artículo 233-20.5 del Código Civil catalán.

necesidades del otro cónyuge y los hijos; y, asimismo, si la vivienda pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, la atribución del uso de la vivienda puede ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria.

Ahora bien, si la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas⁸¹, y, el cónyuge cotitular no usuario decide enajenar la cuota o ejercitar la acción de la cosa común, cabe plantearse si subsiste el uso de la vivienda establecido en sentencia judicial y atribuido al otro cónyuge; o si la venta o la acción de división la realiza el tercero extraño —cotitular de la vivienda—, igualmente, subsiste tal uso. A tales cuestiones dedicamos el presente apartado. Si bien, nos parece oportuno previamente hacer referencia a las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza del uso de la vivienda atribuido al cónyuge no titular, pues, condicionará las conclusiones a las que lleguemos en relación con la problemática planteada.

Si bien, hemos de partir de la base que, es frecuente que el único o uno de los más importantes bienes del matrimonio sea una vivienda familiar de imposible división material⁸², y que el cónyuge beneficiario del uso ante la actuación del otro cónyuge que pretende acabar con la situación de comunidad, no pueda por falta de medios económicos, adquirir la cuota propiedad del otro.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

Hay dos grandes posiciones doctrinales, de un lado la de quienes consideran que el derecho de uso tendrá una naturaleza jurídica diversa en función de cuál sea el título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda (derecho real, derecho personal, atribución por razón del cargo, precario o comodato, etc.); y de otro, aquellos que tratan de delimitar la naturaleza jurídica de este derecho atribuido judicialmente de un modo unitario para todos los casos.

Con relación a la primera corriente doctrinal, que anticipamos nos parece la más acertada, no se unifica la naturaleza del derecho de uso en torno a una sola calificación, sino que aquella se adapta a las diversas situaciones en las que previamente se ha sustentado la titularidad de la vivienda familiar constante matrimonio. En esta línea CUENA CASAS destaca que «la naturaleza del derecho de uso no tiene por qué ser la misma en situaciones de base distintas». Por

⁸¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/51364).

⁸² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4832); de 30 de abril de 2008 (*RJ* 2008/2822); de 21 de abril de 2010 (*RJ* 2010/3543); y de 30 de abril de 2012 (*RJ* 2012/5235), donde se señala que, cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ésta sea posible y útil por reunir las unidades resultantes las condiciones de habitabilidad y no existe conflictividad entre los cónyuges; y, añade, asimismo, que «cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del Código Civil, es decir, la protección del interés del menor». En esta línea, el artículo 552-11.6 del Código Civil catalán al disponer que «*las comunidades ordinarias que existen entre los cónyuges, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, pueden dividirse considerando como una sola división la totalidad o una parte de los bienes sometidos a este régimen, de acuerdo con el artículo 232-12. Se aplica el mismo criterio en los casos de separación de hecho y ruptura de la pareja estable*».

ello cree «que dar una solución unívoca en todas las hipótesis ha enturbiado sobremanera este problema generando una extraordinaria inseguridad jurídica, puesto que no han faltado resoluciones que han considerado que era factible que un juez gravara con un derecho de uso la propiedad de un tercero sin el consentimiento de éste». Error grave, considera la autora, pues, en lugar de resolverse aplicando los principios generales «se ha pretendido solucionar negando el carácter real del derecho de uso y configurando un *derecho de naturaleza mutante* en función de la situación planteada». Es por ello que, a su juicio, «el derecho de uso tiene naturaleza real cuando la titularidad de base de los cónyuges sea real. Si no lo es, el derecho de ocupación del cónyuge usuario seguirá la suerte del derecho personal que lo sustenta». Y, concluye «efectivamente, negar al derecho de uso la consideración de derecho real cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio. Lo que sí me parece criticable es negar que se trate de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes* incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía»⁸³.

Con relación a la otra corriente doctrinal apuntada, hay que señalar que, en el seno de la misma las posiciones no son unívocas. Así, hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. LACRUZ BERDEJO, reconociendo la difícil calificación jurídica del uso, estima que «podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial»⁸⁴. Al mismo derecho real típico se refiere CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE al señalar que «en principio, se tratará de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo, o un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda»⁸⁵. Para MANZANO FERNÁNDEZ es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)»⁸⁶. Asimismo, LUQUE JIMÉNEZ precisa que no parece justificable ni riguroso

⁸³ CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 344-346.

Previendo estas distintas situaciones, el artículo 233-21.2 del Código Civil catalán dispone: «Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias».

Por su parte, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010/1274), que, aunque niega la naturaleza de derecho real al uso atribuido judicialmente, luego, sin embargo, le otorga la mismas consecuencias que de tal naturaleza derivan, y, asimismo, en la relación con la posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar hace referencia a la existencia de alguna de las diversas situaciones jurídicas descritas en que puede encontrarse la vivienda y, por ende el uso que en relación con la misma se atribuya (*Fdo. Dcho.* 6.º y 7.º).

⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 2.ª ed. (revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 102.

⁸⁵ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1609.

⁸⁶ MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª del M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 166.

jurídicamente el tratar de crear una denominación distinta para un derecho que se incardina claramente en la categoría de los derechos reales⁸⁷. En términos similares, VILLAGRASA ALCAIDE entiende que «debe zanjarse la polémica sobre su naturaleza, dejando sentado que se trata de un derecho real, aunque no asimilable al derecho de uso en general (por ejemplo, no es posible que el usuario se convierta en arrendador), en el sentido —más coherente— de las disposiciones reguladoras del derecho en el Código Civil español»⁸⁸. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA señala, asimismo, que, aunque parece que «nos encontramos ante un derecho de naturaleza peculiar «familiar», en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza, y, por tanto, delimita su contenido y características; (...) no puede hacernos olvidar que se trata de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y, es, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad»⁸⁹. Por último, sosteniendo su carácter real, aunque como *sui generis* o atípico, se pronuncian JUANES PECES y GALVÁN ARIAS⁹⁰.

Frente a esta tesis, hay autores que defiende su naturaleza personal. Así MURCIA QUINTANA niega taxativamente que se trate de un derecho real, pues, está «incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia, siendo, por tanto, de carácter fundamentalmente personal e intransferible»⁹¹. DE LA PUENTE ALFARO señala, asimismo, que no es real «porque no se cumplen los requisitos necesarios para su existencia (titularidad, capacidad, poder de disposición)»⁹²; y MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta que «el que este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código Civil»⁹³.

No faltan posturas intermedias, que como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no

⁸⁷ LUQUE JIMÉNEZ, M.^a del C., «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012, pág. 132.

⁸⁸ VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La atribución del uso de la vivienda familiar», en *Anales VII-2004/2005. Centro para la Investigación y el Desarrollo del Derecho Inmobiliario y Mercantil*, núm. 7, pág. 32.

⁸⁹ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a G., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008-III, núm. 710, pág. 2522.

⁹⁰ JUANES PECES, Á. y GALVÁN ARIAS, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992-4, pág. 1041.

⁹¹ MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del CC)*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 251.

⁹² DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2006, pág. 2371.

⁹³ MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, núm. 19, primera quincena noviembre de 2005, pág. 2336.

nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»⁹⁴; o ELORRIAGA BONIS, que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad, y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundo, su oponibilidad *erga omnes* y, acceso al Registro de la Propiedad⁹⁵.

Otros lo consideran como una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese a el trauma que supone la separación o el divorcio de los padres⁹⁶.

Finalmente, hay autores que optan por calificarlo de derecho *sui generis*. Así, DIEZ-PICAZO afirma que estamos ante «una situación jurídica original»⁹⁷; o como señala SERRANO GÓMEZ ante «un derecho real limitado peculiar»⁹⁸; o, en fin, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno, como precisa ROCA TRÍAS⁹⁹. Una concentración en el beneficiario del derecho de uso del *ius possidendi* que durante la convivencia correspondía a ambos cónyuges¹⁰⁰.

Este debate tiene reflejo, igualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992¹⁰¹, señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares». Por su parte, la sentencia

⁹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1, pág. 1333.

⁹⁵ ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 515-516. en el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.ª D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 43, que, si bien señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

⁹⁶ SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 136-139.

⁹⁷ DIEZ-PICAZO, L., «La situación jurídica del matrimonio separado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1961, pág. 897.

⁹⁸ SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 23-24 y 30.

⁹⁹ ROCA I TRÍAS, E., «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en VV.AA., *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 612-613.

¹⁰⁰ ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, págs. 200-201; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994-1, pág. 83.

¹⁰¹ RJ 1992/10136. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807).

del citado Tribunal, de 18 de octubre de 1994, de forma más contundente considera que es un derecho real familiar de eficacia total¹⁰²; y la sentencia del Alto Tribunal, de 22 de abril de 2004, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros¹⁰³. En esta línea, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999, lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad¹⁰⁴.

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994¹⁰⁵, sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o, como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal, de 14 de diciembre de 2004¹⁰⁶; o en fin le otorgan una naturaleza *sui generis*, aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros¹⁰⁷, o destacan

¹⁰² RJ 1994/7722.

¹⁰³ RJ 2004/2713. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807) parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (AC 1992/522); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2.ª, de 2 de junio de 1995 (AC 1995/1654); de la misma Audiencia y Sección, de 27 de marzo de 1999 (AC 1999/4128); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 1999 (AC 1999/5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 5 de mayo de 2000 (JUR 200/210394); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, 4 de diciembre de 2001 (AC 2002/297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de abril de 2003 (JUR 2003/142698); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 18 de enero de 2006 (AC 2006/671).

¹⁰⁴ RJ 1999/7680. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 28 de mayo de 2005 (RJ 2005/5493); de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007/6167); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de abril de 2003 (JUR 2003/142698).

Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 21 de junio de 2004 (RJ 2004/5487), señala que no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de su podrían inscribir tal derecho como sucesivo al usufructo actual; y, asimismo, la Resolución de la DGRN, de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634), señala que el uso de la vivienda a favor del solicitante y de sus hijos no es necesaria la inscripción cuando dicho uso corresponde al mismo cónyuge titular exclusivo de la vivienda; en consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios, pero no titulares del derecho.

¹⁰⁵ RJ 1994/2945. Vid., también las sentencias Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330); y la Sección 1.ª, de 18 de enero de 2009 (RJ 2010/1274); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 (AC 1994/1027).

¹⁰⁶ RJ 2004/1234.

¹⁰⁷ Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 23 de enero de 1997 (AC 1997/197). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de julio de 1999 (AC 1999/1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y *sui generis* que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar, y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del *ius possidendi* sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuando tal inmueble constituía la vivienda familiar a modo de tal que ese *ius possidendi* así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

su naturaleza de derecho personal¹⁰⁸ o su carácter asistencial¹⁰⁹, o, para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real¹¹⁰. Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999¹¹¹, manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real, en todo caso, constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*; y, en esta línea, la Resolución de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004¹¹², considera el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. También, en esta línea, se ha orientado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de enero de 2010¹¹³, que califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

En todo caso, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad¹¹⁴.

Coincidimos con la posición de aquellos que consideran que el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función del precisamente del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que, cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con

¹⁰⁸ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 2 de junio de 1993 (AC 1993/1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004/186909).

¹⁰⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994/2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001/19256).

¹¹⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010/1211).

¹¹¹ RJ 1999/6085. Vid., la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007/6167).

¹¹² RJ 2004/2376. En el mismo sentido, las Resoluciones de la DGRN, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3155); de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008/8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634), y, de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010/1667).

¹¹³ RJ 2010/2323. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (La Ley 171465/2010).

¹¹⁴ Vid., por todos, DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre de 2006, núm. 698, pág. 2372; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10136); y de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2713). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo, arrendamiento, precario). De manera que, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace éste. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que, es factible su condición de derecho personal o de derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que, también lo sea el derecho que, le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del derecho de uso que se contiene en el artículo 96.1 del Código Civil tiene dos objetivos: en caso de haber hijos, el interés de los hijos; y, en otro caso, el interés más necesitado de protección.

En el primer caso, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges es el de los hijos menores, por entender que, estos representan el interés más necesitado de protección. Es una manifestación del principio de *favor filii*, contenido en Tratados y Resoluciones de las Organizaciones Internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; la Resolución A 3-01722/1992, del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, de 19 de abril de 1996; y, en el ámbito estatal en el artículo 39.2 de la Constitución Española y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que determina la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden; en esencia, se parte del principio del interés del menor. De ahí que el citado artículo 96.1 sea una norma taxativa que, no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda de los menores, mientras sigan siéndolo¹¹⁵.

Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantea ningún problema, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda; ahora bien, si el beneficiario no es el titular, el fundamento de la privación del uso se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponden respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 del CC), entre las que se encuentra el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad y la relación paterno-filial, la de facilitarles la habitación, y, además que ésta se siga desarrollando en la vivienda familiar con el objeto de mantener la estabilidad del menor en su mismo entorno social y escolar; para no someterlo a cambios radicales de la misma, ya que se considera prioritario para un adecuado desarrollo su estabilidad. Además, sobre la base del principio constitucional de igualdad,

¹¹⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3590); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 10 de octubre de 2011 (*JUR* 2012/45132).

la misma relevancia ha de darse a los intereses de los hijos comunes que a los hijos no comunes y propios del titular de la vivienda a la hora de la atribución a su progenitor, por mantener respecto de ellos las mismas obligaciones.

La atribución de la vivienda se hace «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», esto es, a quien le corresponda la guarda¹¹⁶. Para un sector de la doctrina y jurisprudencia, la redacción del artículo 96.1 alude implícitamente a los hijos menores. Los hijos mayores de edad pueden vivir con los padres, pero no están ligados ya por el vínculo paterno-filial que tienen con los hijos menores (art. 154.1 del CC). De forma que la atribución del uso de la vivienda se atribuye a quien se confía la guarda y custodia de los hijos menores de edad o incapacitados, y solo para tales hijos, pues en esta línea se orienta la redacción de los artículos 90 y siguientes del Código Civil, y, además, tras la adición de un segundo párrafo al artículo 93 por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en los procesos matrimoniales sólo cabe establecer una pensión alimenticia a su favor¹¹⁷. Frente a esta opinión doctrinal, no faltan quienes lo amplían a los hijos mayores de edad que carecen de una independencia económica y se considera que el interés del cónyuge con el que conviven es el más necesitado de protección que se justifica en base a tres argumentos: 1. Lo constituye el derecho de alimentos al considerarse que la

¹¹⁶ Como precisa CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 37, el titular del derecho a usar de la vivienda (cuando es atribuida al cónyuge no titular o cotitular) es el cónyuge exclusivamente y no el cónyuge y los hijos, o los hijos exclusivamente, como se ha defendido por algún sector de la doctrina. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 21 de junio de 2011 (RJ 2011/7325), que señala que el artículo 96 no permite ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez; de 30 de septiembre de 2011 (RJ 2011/7387); y de 30 de marzo de 2012 (RJ 2012/4584).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 30 de mayo de 2012 (RJ 2012/6547), el uso de la vivienda se atribuye a la esposa mientras conviva con el hijo porque éste ha sido incapacitado y se ha rehabilitado la patria potestad de la madre. Los hijos incapacitados han de ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección.

Por su parte, el artículo 285-1 del *Code Civil* francés dispone que «cuando el inmueble que sirva de vivienda a la familia pertenezca, privativa o personalmente, a uno de los esposos, el juez podrá entregarlo en arrendamiento al cónyuge que ejerza solo, o conjuntamente con el otro, la patria potestad sobre uno o varios hijos, cuando estos residan habitualmente en esa vivienda y lo requiera su interés».

El juez fijará la duración del arrendamiento y podrá prorrogarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven». Asimismo, el artículo 155 del *Codice Civile* italiano de 1942 respecto a las medidas de protección de los hijos en caso de separación, establece que: «El juez que decide sobre la separación declarará con que cónyuge los hijos vivirán y adoptará todas las medidas relativas a los hijos, pensando exclusivamente en sus intereses morales y materiales». Así «la habitación de la casa goza de preferencia, y en cuanto sea posible, el cónyuge al que vengán confiados los hijos».

¹¹⁷ SALAZAR BORT, S., *La tutela de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 26-27 y 70; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi Thomson, Navarra, 2003, págs. 100-102; MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda en las crisis matrimoniales* (art. 96, párrafo primero 2 y 3 del CC), Thomson-Civitas, Navarra, 2005, págs. 175 y 218-219.

atribución del uso de la vivienda familiar constituye una prestación *in natura* de carácter alimenticio, siendo el deudor el cónyuge titular y acreedor el hijo mayor de edad, pues, dentro de los alimentos se incluye la habitación (art. 142 del CC y el art. 233-20.7 del CC catalán); 2. Los antecedentes parlamentarios donde se rechazaron enmiendas orientadas a limitar la protección del artículo 96.1 sólo a los hijos menores; 3. El sentido literal del artículo 96.1 que sólo menciona a «hijos»¹¹⁸.

Si no hubiera hijos menores de edad, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Establece, por tanto, el Código Civil dos criterios de atribución del uso en caso de ausencia de hijos: uno expreso, cuál es el más necesitado de protección; y otro de forma tácita que es la titularidad de la vivienda, porque determinando el Código cuando podrá atribuirse el uso al no titular, indirectamente se viene a establecer que en los demás casos, por tanto, corresponderá al titular; de modo que, no existiendo hijos, la vivienda corresponderá al titular dominical de la misma, salvo que el no propietario acredite que su interés es más necesitado de protección, por lo que las circunstancias hacen aconsejable que sea él el beneficiario de la vivienda. El principio del interés más necesitado de protección tiene un carácter abstracto que tiene que concretarse en unas circunstancias determinadas. Para ello el legislador ha atribuido al órgano judicial amplia libertad para atendiendo a los intereses en juego, y a las circunstancias personales y socioeconómicas en que se encuentran los cónyuges tras la crisis matrimonial, decida quién es el interés más necesitado de protección¹¹⁹.

Como hemos señalado, la situación de crisis matrimonial puede desembocar en nulidad, separación o divorcio. En la nulidad se declara judicialmente que el vínculo matrimonial nunca ha existido, lo que provoca la total desaparición de los efectos matrimoniales, tanto hacia el pasado como hacia el futuro, con excepción del matrimonio putativo. La separación judicial, por su parte, solamente produce la suspensión de algunos de los efectos derivados del matrimonio, en particular el deber que impone a los cónyuges el vivir juntos, pero no disuelve

¹¹⁸ LUQUE JIMÉNEZ M.^a del C., «La atribución del derecho del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, págs. 76-78; ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 608; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 479-480; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho Civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 198; MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 96.

¹¹⁹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 28 de junio de 2000 (AC 2000/1677), atribución al progenitor apartado de los hijos al ser su interés más necesitado de protección; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 29 de mayo de 2003 (JUR 2003/172638), no procede su atribución específica a ninguno de los cónyuges pues, no existiendo hijos menores de edad, tampoco es de apreciar la existencia de circunstancias que hagan aconsejable tal atribución o acrediten que alguno de los cónyuges esté más necesitado de protección, ambos trabajan y pueden proveer dignamente a sus necesidades.

Por su parte, el artículo 255.4 del *Code Civil* francés señala que: «*El juez podrá atribuir a uno de ellos el uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico, o distribuir ese uso entre ambos, precisando su carácter gratuito o no, y, en su caso, admitiendo el acuerdo de los esposos sobre el importe de una compensación por ocupación*».

el vínculo matrimonial, lo que posibilita la reconciliación de los consortes. El divorcio supone la disolución del matrimonio con todos sus efectos.

En el Capítulo IX, del Título IV, del Libro I regula el Código «los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» (arts. 90 a 101), recogiendo, de un lado, los efectos que podrían denominarse personales, como son la guarda y custodia de los hijos y el régimen de visitas de los mismos; y, de otro lado, los efectos o aspectos de carácter patrimonial o económico que se producen o que hay que proveer como consecuencia de las crisis matrimoniales y que se pueden concretar en los alimentos de los hijos, la liquidación del régimen económico del matrimonio, la pensión compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar.

A falta de consenso entre los cónyuges acordado en el correspondiente convenio regulador ratificado judicialmente, la atribución del uso de la vivienda familiar entre otras medidas, habrá de adoptarse judicialmente en sede de medidas definitivas (arts. 774 LEC y 96 del CC), además, de también en fase de medidas provisionales (arts. 773 de la LEC y 103 del CC) o, en las medidas provisionales previas o también denominadas provisionalísimas (arts. 771 LEC y 104 del CC) antes de la interposición de la demanda de separación o divorcio.

Por lo que respecta a la atribución de la vivienda que constituyó el domicilio común en las relaciones *more uxorio*, nuestro sistema rechaza la aplicación analógica de las normas que regulan las consecuencias jurídico-patrimoniales de las crisis familiares¹²⁰. Si bien, ante la existencia de hijos, debe primar el interés de estos; de ahí que se atribuya al conviviente no titular en cuya compañía queden los hijos¹²¹.

V. SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DEL MATRIMONIO DEL ARRENDATARIO

El artículo 15 de la Ley 29/1994 disponía en su apartado 1 que: «*En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil*». La aparente sencillez del tenor literal del precepto generó una importante controversia doctrinal y jurisprudencial centrada en la concreción de la posición del cónyuge usuario no arrendatario, pues, podía continuar en el uso de la vivienda arrendada; lo que para algunos suponía un cambio de titularidad del contrato de arrendamiento mediante una cesión o subrogación *ex lege* de la cualidad de arrendatario, de tal modo que, el cónyuge adjudicatario pasaba a ocupar la posición que originariamente tenía su consorte en el contrato de arrendamiento y el primitivo titular dejaba de formar parte en ese contrato con base a argumentos como: 1. De no atribuirse al cónyuge del arrendatario la cualidad de nuevo arrendatario su situación podría verse perjudicada en las hipótesis en las que el primitivo titular decidiera hacer uso del derecho que le concede el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y desistiera del contrato, o

¹²⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1272); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148); de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404); y de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6708).

¹²¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 7 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5108); y de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3139).

llegado el momento de su vencimiento no lo renovase; 2. Dado que el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige el consentimiento del arrendador para efectuar cualquier tipo de cesión del contrato de arrendamiento, se entiende que el artículo 15 constituye una excepción a aquel precepto, y, en consecuencia, una hipótesis de subrogación o cesión *ex lege*; 3. No es posible separar el derecho en sí, del uso de la cosa arrendada, puesto que precisamente el principal contenido de tal derecho es el de usar y disfrutar de la cosa; 4. La notificación al arrendador tiene por objeto comunicarle que habrá un nuevo titular del contrato de arriendo, puesto que precisamente el principal contenido de tal derecho es el de usar y disfrutar de la cosa; 5. El propio contenido del derecho de arrendamiento, que supone «*el goce o uso de una cosa por el tiempo determinado y precio cierto*» (ex art. 1543 del CC), determina que, no se considere lógico, pretender mantener el título de arrendamiento para aquel cónyuge que ha perdido el uso de la vivienda por una resolución judicial a favor del otro cónyuge; en definitiva, sólo puede haber un arrendatario que, es aquel que puede ejercer las facultades de uso y disfrute; 6. Además esta subrogación tiene efectos en la esfera procesal, pues, en caso de incumplimiento contractual atribuible al arrendatario, estaría legitimado pasivamente el cónyuge que tiene atribuido el uso, y activamente cuando pudiera dirigirse frente al arrendador. Se trataría de una legitimación que sería exclusiva, ya que el arrendador no tendría que dirigir también su acción contra el arrendatario inicial, al haber sido éste sustituido en virtud de la resolución judicial¹²²; para otros, estamos ante una simple cesión del uso, de forma que el cónyuge adjudicatario sólo disfruta del uso, de la posesión de la vivienda arrendada por su consorte, y, en consecuencia el titular del contrato, y por ende, quien ostenta la condición de arrendatario frente al arrendador, continúa siendo el cónyuge que desde el inicio firmó el contrato de arrendamiento sobre la base: 1. El único derecho que se atribuye al cónyuge del arrendatario es un simple derecho de uso, que no implica un cambio en la titularidad del contrato de arrendamiento; de tal modo que, frente al arrendador el arrendatario seguirá siendo el cónyuge firmante del contrato; 2. El artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos supone una excepción al derecho del arrendador de resolver de pleno derecho el contrato alegando que la vivienda ha dejado de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o

¹²² ELORRIAGA BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 538-540; LOSCERTALES FUERTES, D., *Los arrendamientos urbanos*, SEPIN, Madrid, 1995, págs. 237-238; QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., «La vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 192; RODRÍGUEZ CEPEDA, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*, director: Antonio PAU PEDRÓN, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, págs. 136-141; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», en *Aranzadi Civil*, 1998-I, págs. 93-94. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 30 de enero de 1998 (AC 1998/3155); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.^a, de 21 de abril de 1998 (AC 1998/4732); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, de 18 de junio de 1999 (AC 1999/1564); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 1999 (AC 1999/335); de la misma Audiencia y Sección, de 4 de septiembre de 2000 (AC 2000/2112); de la misma Audiencia, Sección 5.^a, de 7 de septiembre de 2000 (JUR 2000/299185); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a, de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001/72823); de la misma Audiencia, Sección 13.^a, de 27 de marzo de 2001 (AC 2001/1914); y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 14 de junio de 2002 (JUR 2002/194044).

de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; 3. Se alude en el artículo 15 al uso de la vivienda y para nada se menciona la titularidad arrendaticia; 4. La utilización conjunta de los términos «continuar» y «uso» parecen demostrar que el legislador de 1994 no ha pretendido convertir *ex lege* en arrendatario al cónyuge usuario de la vivienda arrendada; 5. Operando sobre un argumento analógico, se señala que, si en la hipótesis en que el juez atribuye el uso de la vivienda al cónyuge que no es el propietario de la misma, no supone que se prive a éste de su título de propiedad, sino que seguirá siendo el propietario, si bien no podrá hacer uso de la vivienda; con más razón debe sostenerse lo mismo, cuando de lo que es titular el cónyuge no es ya de la propiedad de la vivienda, sino sólo del arrendamiento, por lo que continuará siendo el titular arrendaticio el cónyuge arrendatario y su consorte tendrá sólo derecho a usar la vivienda arrendada; 6. Si el cónyuge arrendatario no pagase la renta y el arrendador ejercitase una acción de desahucio, el cónyuge usuario debería ser llamado al proceso —en una suerte de litisconsorcio pasivo necesario—, siempre que hubiera comunicado al arrendado su voluntad de continuar usando la vivienda, de acuerdo con el artículo 15.2; 7. Se atribuye al cónyuge no arrendatario solamente un derecho de posesión exclusiva que se traduce en la posibilidad de proseguir en el disfrute de la vivienda tras la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, que le unía con el arrendatario; lo que viene, además, avalado por la remisión expresa que el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos hace a los artículos 90 y 96 del Código Civil; 8. Antes del proceso de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, el cónyuge no arrendatario tenía ya un derecho a usar y disfrutar de la vivienda arrendada por razón de la relación conyugal que, le vinculaba al titular del contrato. Por este motivo, si tras el proceso matrimonial se le atribuye el uso de la misma, se puede decir que el cónyuge no arrendaticio permanece en un derecho que, ya le correspondía con anterioridad, aunque el título que, le ofrezca cobertura sea distinto en uno y otro momento¹²³.

¹²³ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 5.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 423, habla de un derecho de posesión exclusiva inespecífico; COLINA GAREA, R., «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1998, págs. 293-296; BENAVENTE MOREDA, P., «Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XLI, fascículo III, julio-septiembre de 1988, págs. 874 y 879; COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», en *Aranzadi Civil*, 2003-II, págs. 2056-2058; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», en *La Ley* 2006-4, pág. 1725; CERVILLA GARZÓN, M.ª D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 59; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 15-16, septiembre de 2012, pág. 1577; ACHÓN BRUÑEN, M.ª J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», en *Revista Jurídica SEPIN. Arrendamientos Urbanos*, núm. 304, marzo-abril de 2010, pág. 14; ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, T. I, coordinador: Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007,

Esta situación controvertida se ha resuelto con la reforma del artículo 15 por Ley 4/2013, pues, en su número uno dispone que *«el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato»*¹²⁴. Se aclara con ello la posición contractual del cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda arrendada que, pasa a ser el titular del contrato —titular único del contrato—. De forma que, en virtud de una subrogación *ex lege* o novación subjetiva del contrato de arrendamiento, se convierte en el único arrendatario, si comunica su voluntad de continuar en el uso de la vivienda arrendada. Por lo que sí puede continuar en el uso de la vivienda arrendada, ahora, como titular del arrendamiento por el plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, habrá de entenderse que, no solamente lo será por el plazo pactado sino también por el correspondiente a las prórrogas legales y tácita (tres años y un año —arts. 9 y 10 de la LAU reformados por la Ley 4/2013) que, es el tiempo de duración que se reconoce al primitivo arrendatario, y por ende, a quien ahora por exigencia legal ocupa su lugar en el contrato de arrendamiento. Lo cierto es que, para el legislador el cambio de arrendatario por razón de la crisis matrimonial, no determina la extinción del contrato antes del plazo pactado y de las sucesivas prórrogas legales y prórroga tácita.

Asimismo, conviene precisar que la atribución judicial de la titularidad del contrato de arrendamiento no supone la creación de un título específico *ex novo*, sino que únicamente produce una concentración de la titularidad y de las facultades arrendaticias a favor de uno de los cónyuges al que se adscribe la posibilidad de utilización exclusiva de la vivienda que, antes ambos compartían. De tal forma que, si la detentación previa lo era en función de un título arrendaticio, la atribución judicial no puede sobrepasar las facultades que en aquél se integran; por lo que la subrogación operará en el título arrendaticio existente, y no supondrá

págs. 342-343, quien precisa que, debido a que el cónyuge no titular tiene el uso (exclusivo) de la vivienda arrendada, siempre que se presente una demanda que puede afectar a dicho uso, a su juicio, existirá un litisconsorcio pasivo necesario, debiendo ser demandado no sólo el cónyuge titular del arrendamiento, sino también el cónyuge a quien se le ha atribuido el uso, ya que, evidentemente, la sentencia que se dicte le podrá afectar. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 7 de septiembre de 1998 (AC 1998/1685); de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/1991); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 23 de enero de 1999 (AC 1999/150); de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2000 (AC 2000/4631); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001/6); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 25 de noviembre de 2001 (JUR 2001/77610); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 27 de junio de 2002 (JUR 2002/226663); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2.ª, de 27 de septiembre de 2002 (JUR 2003/14466); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, de 8 de marzo de 2004 (JUR 2004/122474).

¹²⁴ Por su parte, en el artículo 1751 del *Code Civil* francés se dispone que: *«El derecho arrendaticio sobre local no profesional ni comercial que sirva efectivamente de vivienda de dos esposos, se considera que pertenece a ambos, cualquiera que sea su régimen matrimonial y salvo pacto en contrario, incluso si el arrendamiento fue constituido antes del matrimonio»*.

En caso de divorcio o de separación podrá atribuirse este derecho por el Tribunal que conozca de la demanda de divorcio o de separación a uno de los esposos, considerando los intereses sociales y familiares en cuestión, y sin perjuicio del derecho de reembolso o de indemnización a favor del otro esposo».

el nacimiento de ningún otro. La propiedad de la vivienda la sigue ostentando el arrendador¹²⁵.

Como dice textualmente el precepto «*el cónyuge podrá continuar en el uso*» por lo que también será de aplicación a los supuestos en los que al cónyuge no arrendatario al que se atribuye el uso de la vivienda, como consecuencia de la crisis matrimonial o por cualquier otra circunstancia no residiese eventualmente en la misma en el momento de dictarse la resolución judicial justificativa de tal atribución¹²⁶.

En esencia, como precisa acertadamente SANTOS MARTÍNEZ, el artículo 15 posibilita la atribución del uso de la vivienda arrendada —o interés familiar— más necesitado con independencia de si es o no arrendatario; garantiza la plena vigencia y validez del contrato de arrendamiento a pesar de la salida del arrendatario; y, en fin, da publicidad al arrendador de la continuidad en el uso de la vivienda por parte del arrendatario¹²⁷.

Ahora bien, como señalamos en el apartado anterior, lo determinante es que uno de los cónyuges haya celebrado el contrato de arrendamiento. Por lo tanto, aunque el matrimonio estuviera casado bajo el régimen de gananciales, cuando se concertó el contrato, se aplica el artículo 15 pues, el titular externamente del contrato sólo lo será el cónyuge que, celebró el contrato y no los dos consortes. Por lo que, de la interpretación conjunta de esta norma con los artículos 7, 12 y 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, procede determinar que, en todos estos supuestos, se parte de la base de la no naturaleza ganancial del derecho arrendaticio firmando constante matrimonio; pues, de operar en otro sentido, supondría dejar muy reducido el campo de aplicación de tales preceptos¹²⁸; aunque no faltan quienes se inclinan por su ganancialidad¹²⁹. Distinto del arrendamiento

¹²⁵ En esta línea, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 90.

¹²⁶ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 30 de abril de 2002 (*JUR* 2002/207050).

¹²⁷ SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, pág. 1573.

¹²⁸ CARRERAS MARANA, J. M., «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda», en *Derecho Inmobiliario: problemática actual*, director: Miguel Ángel LARROSA AMANTE, T. I, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2009-50, pág. 191; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1723, entiende que el supuesto recogido por el precepto es la atribución del uso al cónyuge no arrendatario, excluyéndose por tanto cualquier tipo de cotitularidad del derecho del arrendamiento; ACHÓN BRUÑEN, M.ª J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 13.

¹²⁹ CERVILLA GARZÓN, M.ª D., «La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular», *op. cit.*, págs. 47-48, considera ganancial el contrato que hubiera sido suscrito por uno de los esposos antes de contraer matrimonio y se presume la titularidad compartida desde la aplicación de los artículos 1347.3, 1361 y 1346.3 del Código Civil, a no ser que se acredite que la renta ha sido abonada con bienes privativos del cónyuge titular. En consecuencia, del ámbito de aplicación del precepto han de excluirse los supuestos de cotitularidad del derecho. Asimismo, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 73-74, califica de ganancial todo arriendo que sirve de base a la vivienda familiar realizado constante matrimonio. En primer lugar, apuntan la posible individualidad o consorcialidad de los

ganancial es el coarrendamiento, cuando ambos cónyuges firman el contrato o uno de ellos actuando en representación del otro, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que, exista entre ellos. En este caso, si hay titularidad conjunta del contrato.

Por lo que, aun siendo el régimen matrimonial el de gananciales, si como consecuencia de la crisis matrimonial, se atribuye al cónyuge no titular del arrendamiento el uso de la vivienda, con la actual regulación automáticamente por subrogación *ope legis* pasa a ser el titular exclusivo del arrendamiento.

Por otra parte, con la nueva redacción del artículo 15.1, la remisión a los artículos 90 y 96 del Código Civil en lo que referencia a la atribución del uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio, se sustituye por una fórmula más genérica «a lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación», con el objeto de adaptarlo a la existencia de legislaciones autonómicas con competencia de derecho civil propio que, pueden regular los efectos referidos a la atribución del uso de la vivienda en supuestos de crisis matrimonial, y, por tanto, no resulta únicamente aplicable el Código Civil español en esta materia¹³⁰.

arriendos los artículos 1346.4 y 1347.4 del Código Civil, donde se indica que serán privativos o gananciales los bienes adquiridos como consecuencia de un retracto privativo o ganancial; en segundo lugar, con más trascendencia han de mencionarse los artículos 1362 y 1365 del Código Civil, en cuya virtud parece evidente que, salvo pacto expreso en contrario, supone una carga común el pago del alquiler que sirve de sustento a la familia. De esta manera, siendo a cargo del consorcio el pago de la renta, el principio *ubi emolumentum ibi onus* nos lleva a considerar que también será la sociedad conyugal la titular del derecho a la posesión arrendaticia en que se concreta el lado activo de tal relación de inquilinato; y, en tercer lugar, aboca también a esta idea el artículo 1347.3 del Código Civil que considera comunes los derechos adquiridos a costa del caudal común para la comunidad, y en última instancia el artículo 1361 del propio texto legal. Si el régimen es de separación de bienes, para este mismo autor, por la vía del artículo 1319 del Código Civil cuya finalidad es facilitar la gestión de la economía matrimonial, señala que estaremos ante una situación de coarrendamiento normal.

Por su parte, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, págs. 155-156, precisa que, «una de las posibles soluciones hubiese sido exigir en los contratos de arrendamiento de viviendas suscritos por arrendatarios que estuviesen casados la intervención de ambos cónyuges o la intervención de uno de ellos con el consentimiento del otro, y siempre con independencia del régimen económico matrimonial aplicable al matrimonio»; y, añade que «es discutible, por ejemplo, si bajo el régimen de la sociedad de gananciales el arrendamiento de vivienda debe calificarse como uno de los actos sometidos al consentimiento de ambos cónyuges a tenor del artículo 1375 del Código Civil y concordantes. No se escapa que esta solución de la intervención conjunta no sería aplicable en los arrendamientos pactados antes del matrimonio, en la que tal exigencia sería imposible». Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 19 de octubre de 1994 (AC 1994/1721), bajo la vigencia de la LAU del 64; y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 3 de abril de 1998 (AC 1998/5244), que sostienen una cotitularidad en los arrendamientos de vivienda formalizados constante matrimonio bajo la sociedad de gananciales.

¹³⁰ En el Proyecto de Ley inicial se hacía referencia «a lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil». El texto actual es consecuencia de la aceptación de las enmiendas número 11 de La Izquierda Plural, 52 del GP Catalán (CiU) y 92 del GP Vasco (EAJ-PNV), tal como se recoge en el Informe de la Ponencia (Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 21-2, de 12 de febrero de 2013, págs. 10, 39, y 70; y Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, núm. 21-3, de 27 de febrero de 2013, pág. 1).

En este contexto resulta curioso que, el legislador hable de atribución del uso de forma permanente o en un plazo superior al que reste por cumplir, cuando la tendencia de los tribunales es a la temporalidad en el uso. En todo caso, de atribuirse un uso superior al plazo de cuatro (inicial más prórroga legal y tácita), el contrato se extingue al llegar dicho plazo. Y si se atribuye un uso inferior (de dos años, por ejemplo) —supuesto que no aparece previsto en la norma, y, asimismo, podría resultar poco probable, teniendo en cuenta la reducción de duración del contrato de arriendo en esta Ley—, respecto al plazo del arriendo que, supongamos se ha pactado en cuatro años, cabe preguntarse, si deberá extinguir el arrendamiento antes —en concreto cuando termine el plazo atribuido para el uso—, o continuar con el primitivo arrendatario desde que, el cónyuge deja de tener el derecho de uso de la vivienda. Si, como parece el titular del contrato pasa a ser por imposición legal el cónyuge al que se atribuye el uso, una vez que deja de tener el uso, habría de extinguirse el arriendo. De lo contrario, estaríamos ante una cesión inconstituida que daría lugar a la resolución del contrato por la vía del artículo 27.2, letra c) de la Ley 29/1994, pues la titularidad del arrendamiento concedida legalmente al cónyuge no arrendatario lo es por el plazo por el que se le ha atribuido el uso de la vivienda. También es posible entender que, la titularidad del arrendamiento que se concede en esta norma, es para continuar en el uso de la vivienda, bastando que se le haya atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio tal uso por el tiempo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, y aunque la norma se refiera a la atribución del uso de forma permanente o por un plazo superior al del plazo pactado del arrendamiento más las prórrogas. Y, asimismo, se puede considerar que, el cónyuge no arrendatario es el único titular durante el tiempo que tiene atribuido el uso, una vez terminado éste, continuará el arrendamiento con el primitivo arrendatario —como si su titularidad ha quedado «suspendida» durante dicho periodo temporal—, lo que implicaría que el cónyuge arrendatario no ha dejado de ser titular; no obstante, la intención del legislador parece ser otra, pues, la norma establece que, para estos supuestos, el cónyuge usuario no arrendatario pasa a ser el único titular del contrato.

Lo cierto es que, al ser el cónyuge usuario no arrendatario el titular del contrato le corresponden todos los derechos y obligaciones exigibles a todo arrendatario¹³¹, como el pago de la renta —que podrá influir en la fijación de otras medidas como la pensión de alimentos para los hijos o la pensión compensatoria, al igual que, la propia atribución del uso que, como tal medida puede suponer o no una especificación del pago de la pensión alimenticia—¹³², asimismo, en

¹³¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 4 de septiembre de 2000 (AC 2000/2112).

¹³² COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2038, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar distingue dos supuestos: 1. Si el matrimonio en crisis tenía hijos, la atribución del uso obedece, por una parte, a un pago *in natura* del derecho de alimentos que corresponde a los hijos —pago a través del uso de la vivienda que será parcial—, puesto que, el derecho de alimentos no sólo comprende la habitación, sino también el sustento, la educación, la sanidad, etc.; por otra, en su caso, a un pago *in natura* de la pensión compensatoria, si se ha determinado en la sentencia que el cónyuge adjudicatario tenía derecho a ella; 2. Por el contrario, si el matrimonio no ha tenido descendencia, pero aún así, se le atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no titular, considera que dicha atribución debe considerarse como pago de la pensión compensatoria a la que el mismo tenía derecho. Por su parte, MORENO VELASCO, V.,

caso de enajenación de la vivienda arrendada podrá ejercitar los derechos de adquisición preferente —derecho de tanteo o retracto— establecido en el artículo 25 —modificado parcialmente en esta Ley 2013—; y, en caso de fallecimiento, como arrendatario serán los parientes previstos en el artículo 16.1 quienes tendrán derecho a la subrogación *mortis causa*, además de su cónyuge o pareja de hecho de tenerla.

De forma que, se mantiene el contrato de arrendamiento tal como se convino con el primitivo arrendatario¹³³.

Por otra parte, de nuevo el legislador ha omitido la referencia a las parejas de hecho o convivientes *more uxoris* en este precepto. Lo que entendemos representa otra vez una ausencia intencional, pues, de la misma forma que los artículos 12 y 16.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —que no han sido modificados en la actual reforma— hacen referencia expresa a la pareja de hecho o al conviviente estable en pareja, se podía haber aprovechado la modificación de este artículo para incluirla, pero se ha optado por seguir la línea del legislador de 1994. Si bien, como señala, el artículo 15.1 habrá que estar a la legislación civil que resulte de aplicación en relación a la atribución del uso de la vivienda, por lo que tal remisión puede propiciar su extensión a este supuesto¹³⁴.

«La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1725, discrepa de aquellos autores que mantienen que la cesión del uso constituye una modalidad de pago de alimentos a los hijos, en su caso, o una forma de pago de la pensión compensatoria, ya que el derecho de uso tiene una finalidad de garantizar la satisfacción de la necesidad de alojamiento de la familia o del cónyuge más necesitado de protección.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 9 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/48386), se reduce la cuantía de los alimentos a los hijos por atribución del uso de la vivienda a la esposa, que tiene la guarda y custodia de los hijos. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 19 de noviembre de 2004 (*JUR* 2004/311989); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 15 de julio de 2010 (*JUR* 2010/328337), el uso temporal de la vivienda, privativa del esposo, se considera como contribución del padre a los alimentos de los hijos a sumar a la cuantía dineraria.

¹³³ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, de 18 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/115579); Sección 4.ª, de 27 de febrero de 2002 (*AC* 2002/978); y Sección 4.ª, de 28 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/117582).

¹³⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», *op. cit.*, pág. 91, considera que no tiene sentido una hipotética extensión analógica de las consecuencias de la norma a los convivientes *more uxoris*; asimismo, CARRERAS MARAÑA, J. M., «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda», *op. cit.*, págs. 205-206, considera que una interpretación extensiva no resulta posible; COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2067, distingue si la pareja no tiene hijos, en la hipótesis de ruptura de la convivencia, el artículo 15 de la LAU no debe serles de aplicación; ahora bien, si hay hijos, entiende que, procederá su aplicación, y la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar al conviviente de hecho que no es titular del contrato de arrendamiento, está justificada como parte del pago del derecho de alimentos de esos hijos comunes; sin embargo, SANTOS MARTÍNEZ, A. M., «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, págs. 1582-1583, considera que la ausencia de previsión legal no implica *per se* la exclusión a aquellos supuestos en los que el juez de familia atribuye el uso de la vivienda al conviviente más necesitado de protección, pese a no existir matrimonio entre ellos; por su parte, MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1726, no le parece

Ahora bien, la titularidad del contrato de arrendamiento de cónyuge no arrendatario tiene lugar cuando en el convenio regulador ratificado judicialmente, o en la sentencia judicial en que se fijen las medidas definitivas, le atribuyen el uso de la vivienda. Pero de nuevo el legislador no se pronuncia acerca de si tal titularidad también opera, si se han solicitado y adoptado medidas previas, o provisionalísimas que se pueden adoptar antes de la presentación de la demanda

razonable y más bien considera un olvido del legislador de 1994 equiparar a las parejas de hecho a los efectos previstos en los artículos 12 y 16 de la LAU y no permitir la aplicación del artículo 15 LAU a las parejas de hecho; ACHÓN BRUÑEN, M.^a J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 15, señala que, debe admitirse la aplicación analógica. Por su parte, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 416-417, afirma que el ámbito de aplicación del artículo 15 de la LAU está circunscrito a aquellos sujetos que ostenten la condición de cónyuges, ya que, a diferencia de los artículos 12 y 16 de la LAU, en aquel precepto no se hace referencia alguna a las parejas de hecho. A juicio de este autor no se trata de un trato discriminatorio, ni de una laguna, sino más bien de la constancia de los propios límites del legislador arrendaticio, dado que lo dispuesto en el artículo 15 de la LAU trae causa y da forma a una atribución de derechos operada en virtud del Código Civil, y el legislador arrendaticio no está en condiciones de establecer si los artículos 90 y 96 del Código Civil son aplicables analógicamente a las parejas de hecho. Por lo que, concluye el autor, señalando que serán los jueces y Tribunales al aplicar estos preceptos, lo que deban considerar, si procede la analogía o no con lo dispuesto en los artículos 12 y 16 de la LAU.

De todas formas, como el propio artículo 15 alude a otras legislaciones civiles, hay que señalar que, el artículo 234-8 del Código Civil catalán dentro del capítulo IV, Convivencia estable en pareja, prevé que bien porque los convivientes en pareja estable lo acuerden, o a falta de acuerdo, porque lo fije la autoridad judicial se puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas: a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta; b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.

Al efecto, el artículo 234-8, Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar dispone que:

- «1. Los convivientes en pareja estable pueden acordar la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de este.
2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, en el caso de que los convivientes tengan hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas: a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta. b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.
3. La atribución o distribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja que no es beneficiario, debe ser tenida en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimentaria que eventualmente devengue el otro miembro de la pareja.
4. Se aplica a la atribución o distribución del uso de la vivienda lo establecido por el artículo 233-20.6 y 7 y los artículos 233-21 a 233-25».

Estos últimos preceptos se encuentran dentro del Capítulo III de los Efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio o de la separación, Sección cuarta, Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, por lo que tal remisión supone una armonización con la regulación del matrimonio en esta materia.

(art. 104 del CC), o medidas provisionales, es decir aquellas que se adoptan con la admisión de la demanda, en virtud del artículo 103 del citado cuerpo legal, donde precisamente se puede adjudicar la vivienda al cónyuge no arrendatario. Parece que, pese a la falta de expreso pronunciamiento de nuestro legislador, la remisión genérica a la legislación civil que resulte de aplicación, en lugar de la que realizaba la anterior regulación a los artículos 90 y 96 del Código Civil, posibilita que, asimismo, sea titular del arrendamiento el cónyuge usuario no arrendatario, cuando se adopten tales medidas, si bien, tendrá que comunicar al arrendador su voluntad de seguir usando la vivienda arrendada en el plazo de dos meses; y, si se le adjudica en la sentencia definitiva del proceso, deberá, igualmente, de nuevo notificar la atribución definitiva en el uso de la vivienda al arrendador en el citado plazo¹³⁵.

De todas formas, no ha variado la forma de oponer este derecho de uso de la vivienda arrendada por parte del cónyuge del arrendatario al arrendador conforme la legislación anterior, ya que en el artículo 15.2 se sigue disponiendo que *«la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda»*.

La voluntad del cónyuge usuario de continuar en el uso de la vivienda, por tanto, habrá de ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses a contar desde la notificación a aquél de la resolución judicial de separación judicial o divorcio en el que le ha sido atribuido el uso de la vivienda.

El sujeto emisor de la notificación no cabe duda que, es el cónyuge usuario, como titular del arrendamiento, que deberá llevarla a cabo en el plazo indicado de dos meses —plazo que habrá de computarse de acuerdo con el art. 5 del CC de fecha a fecha—¹³⁶. No se establece, de nuevo, nada sobre la forma de notifi-

¹³⁵ Partidarios de aplicar la norma en los supuestos de medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil y en las medidas provisionalísimas o previas previstas en el artículo 104 del citado texto legal, vid., ESTRUCH ESTRUCH, J., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 342; COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2064; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 1723; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 93; GONZÁLEZ POVEDA, P., «Las crisis matrimoniales y la Ley de Arrendamientos Urbanos. Los artículos 12 y 15», en *Revista Jurídica SEPIN. Cuadernos Arrendamientos Urbanos. Propiedad Horizontal*, núm. 168, marzo de 1997, pág. 22. En contra, RODRÍGUEZ CEPEDA, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 134; ACHÓN BRUÑEN, M.^a J., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 15; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 156; CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 418, quien entiende que la continuidad en el uso no debe venir necesariamente acompañada de la notificación correspondiente al arrendador, además de no ser razonable someter al cónyuge a la carga de notificar y, después, acaso, resultar que la sentencia no le atribuye definitivamente el uso de la vivienda. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 1998 (AC 1998/1991).

¹³⁶ Con la regulación de 1994, para quienes eran partidarios de una simple cesión del uso a favor del cónyuge usuario, señalaban que nada impedía que si los cónyuges lo acordaban, la notificación la realizase el titular del contrato de arrendamiento, o incluso otra persona en su nombre, vid., al respecto, COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, «La vivienda familiar en alquiler

cación, por lo que, en principio, se admite cualquiera, incluso en forma verbal¹³⁷. No obstante, dado que el cónyuge atributario deberá probar que ha realizado la notificación dentro del plazo legal, y, asimismo, debe acompañar a la misma, copia de la resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda, sería conveniente realizarla por escrito, y, además de forma tal que deje constancia de su recepción por el arrendador¹³⁸. Lo cierto es que, el legislador está pensando en una notificación recepticia, por lo que sería necesario que, llegase a conocimiento del arrendador en el plazo de dos meses desde que, se ha notificado la resolución judicial correspondiente al cónyuge no arrendatario a quien se atribuye el uso de la vivienda.

Ahora bien, conviene precisar que, la subrogación *ex lege* en la titularidad del contrato de arrendamiento por el cónyuge usuario no se produce desde la notificación al arrendador de la voluntad de éste de continuar en el uso de la vivienda arrendada, sino desde la firmeza de la propia sentencia judicial de separación o divorcio que, atribuye al cónyuge no arrendatario de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, el uso de la vivienda. Si bien, está sometida dicha subrogación a un plazo de caducidad de dos meses desde que, fue notificada la resolución judicial correspondiente. Esto es importante porque desde el momento en que el cónyuge usuario es titular del arrendamiento nacen para él todos los derechos y obligaciones derivados del mismo.

De no realizarse tal notificación, no supone la extinción automática del contrato de arrendamiento por haber dejado de satisfacer la necesidad permanente de vivienda [art. 27.2, letra f) de la Ley de Arrendamientos Urbanos], o su resolución por la causa establecida en el artículo 27.2, letra c), aunque puede condicionar la eficacia de la atribución del uso de la vivienda frente al arrendador, pues, tal notificación no presenta carácter constitutivo ni supone transferencia de derechos contractuales¹³⁹; ahora bien, ello no impide que tal incumplimiento pueda derivar en una resolución del contrato por cesión o subrogación inconstituida del arrendador¹⁴⁰.

y el artículo 15 de la LAU», *op. cit.*, pág. 2058; ACHÓN BRUÑEN, M.^aJ., «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar: Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», *op. cit.*, pág. 13.

¹³⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 21 de julio de 2000 (*JUR* 2000/306386); y de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.^a, de 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/169365).

¹³⁸ CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, págs. 425-426, critica que se exija la copia de la resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda, pues, semejante requisito es injustificado y prueba cómo el legislador confunde la eficacia de la notificación con la prueba de los hechos en que se funda. Si se notifica por escrito o verbalmente dentro del plazo del mes, la continuación es eficaz frente al arrendador, siempre que sean ciertos los hechos en los que se funda; veracidad que, si es discutida, será resuelta de forma contenciosa.

¹³⁹ En esta línea, FINEZ, J. M., «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995, pág. 214. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.^a, de 28 de febrero de 2000 (*JUR* 2000/207495); y de la misma Audiencia, Sección 18.^a, de 28 de junio de 2000 (*JUR* 2000/227936); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/4631).

¹⁴⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 31 de julio de 2000 (*JUR* 2000/298283); y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/4631).

Por último, hay que señalar que, por un lado, se trata de una norma imperativa, por lo que no podrán pactar arrendador y arrendatario, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 16.4, con respecto a los contratos de arrendamiento cuya duración inicial pactada sea superior a tres años —antes recordemos cinco años— que, no tenga lugar la continuidad en el uso —esto es, cambio en la titularidad del contrato— por parte del cónyuge no arrendatario transcurridos tres años de contrato, o que el arrendamiento se extinga al cumplirse el tercer año, si dicho cambio ha tenido lugar con anterioridad. Y, por otro, que una eventual modificación de la medida de atribución del uso de la vivienda a favor del primitivo arrendatario, exigirá una nueva subrogación o novación subjetiva *ope legis* convirtiéndose, en virtud de la resolución judicial modificativa que le atribuye el uso, en el titular del arrendamiento y como dice el artículo 15 podrá continuar en el uso de la vivienda —interrumpido por anterior sentencia judicial—, debiendo, igualmente, comunicar al arrendador su voluntad de continuar en el uso de la vivienda arrendada, en el plazo de dos meses desde que le fue notificada la resolución de modificación de medidas, cuya copia o de la parte de la misma que, afecta al uso de la vivienda deberá ser entregada al arrendador¹⁴¹.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «El tratamiento de la vivienda familiar arrendada en situaciones de crisis familiar. Uso y embargo de la vivienda familiar arrendada», en *Revista Jurídica SEPIN. Arrendamientos Urbanos*, núm. 304, marzo-abril de 2010.
- CARRASCO PERERA, Á.: «Comentario a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- CARRERAS MARAÑAS, J. M.: «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda», en *Derecho Inmobiliario: Problemática actual*, director: Miguel Ángel LARROSA AMANTE, T. I, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2009-50.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, Jurisprudencia y Formularios)*, T. I, coordinador: Francisco de P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a: «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», en *Aranzadi Civil*, 2003-II.
- COLINA GAREA, R.: «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1998.

¹⁴¹ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.^a, de 9 de julio de 2004 (*JUR* 2004/299381).

- ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Comentarios a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Arrendamientos Urbanos (Comentarios, Jurisprudencia y Formulario)*, T. I, coordinador: FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FINEZ, J. M.: «Comentario a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ POVEDA, P.: «Las crisis matrimoniales y la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Revista Jurídica SEPIN, Cuadernos de Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal*, núm. 168, marzo de 1997.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», en *Aranzadi Civil*, 1998-I.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.^a del C.: «La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2012.
- MORENO VELASCO, V.: «La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en los procedimientos de separación de nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 LAU», en *La Ley*, 2006-4.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C.: *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- ROJO AJUARIA, L.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Fernando PANTALEÓN PRIETO, Civitas, Madrid, 1995.
- SANTOS MARTÍNEZ, A. M.: «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 15-16, septiembre de 2012.
- SERRANO ALONSO, E.: «Comentario a los artículos 12 y 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995.
- VALLADARES RASCÓN, E.: «Comentario al artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, director: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 5.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 7 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5108).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3590).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 21 de junio de 2011 (*RJ* 2011/7325).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6708).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 30 de mayo de 2012 (*RJ* 2012/6547).
- SAP, Granada, Sección 4.^a, de 21 de abril de 1998 (*AC* 1998/4732).
- SAP, Asturias, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 1999 (*AC* 1999/335).
- SAP, Barcelona, Sección 4.^a, de 21 de julio de 2000 (*JUR* 2000/306386).
- SAP, Asturias, Sección 5.^a, de 7 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/299185).
- SAP, Álava, Sección 1.^a, de 20 de septiembre de 2000 (*AC* 2000/4631).
- SAP, León, Sección 2.^a, de 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/169365).
- SAP, Asturias, Sección 13.^a, de 27 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1914).

- SAP, Barcelona, Sección 13.^a, de 18 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/115579).
- SAP, Asturias, Sección 5.^a, de 14 de junio de 2002 (*JUR* 2002/194044).
- SAP, Cáceres, Sección 1.^a, de 27 de junio de 2002 (*JUR* 2002/226663).
- SAP, A Coruña, Sección 2.^a, de 27 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003/14466).
- SAP, Barcelona, Sección 4.^a, de 8 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/122474).

RESUMEN

VIVIENDA ARRENDADA,
CÓNYUGE, PAREJA DE HECHO,
NO RENOVACIÓN, DESISTIMIENTO,
ABANDONO, SEPARACIÓN O
DIVORCIO

La protección jurídica del cónyuge o pareja de hecho del arrendatario para su permanencia en la vivienda familiar arrendada ante situaciones como la no renovación, desistimiento o abandono, o, consecuencia de un proceso de separación o divorcio en la que se le atribuya el uso, es el objeto del presente estudio, máxime tras la reforma parcial de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, por la Ley de 23 de mayo de 2013.

ABSTRACT

HIRED HOUSING, SPOUSE,
UNMARRIED COUPLE, NOT
RENOVATION, NO TO CONTINUE,
TO LEAVE THE HOME,
SEPARATION OR DIVORCE

The juridical protection of the spouse or unmarried couple of the lessee for his permanency in the familiar housing hired before situations like not renovation, not to continue or to leave the home, or, consequence of a process of separation or divorce in the one that assumes the use to him, it is the object of the present study, especially after the partial reform of the Law 29/1994, of November 24 of Urban rent for the Law of May 23, 2013.

EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA DESDE EL
ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular Acreditada

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITAS.—III. EL DERECHO DE VISITAS COMO NEXO QUE PERMITE LA CONTINUIDAD O REANUDACIÓN DE LA RELACIÓN MATERNO O PATERNO FILIAL.—IV. NEGATIVA DE LOS MENORES A ACEPTAR LA VISITA DE SU PROGENITOR.—V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO DE VISITA.—VI. LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS.—VII. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS POR EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O INCUMPLIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de visita está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho —deber otorgado al padre no custodio tras la ruptura matrimonial o de pareja—. El artículo 94 del Código Civil indica que el progenitor no custodio de los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, de comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía¹, y el artículo 160 del Código Civil nos recuerda que «el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores...».

Derecho presidido por el principio del *beneficio o interés superior del menor* sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir. Así se deduce del artículo 39.2 CE, de los artículos 1, 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, y lo establecen la Convención sobre los Derechos de la Infancia, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas², así como la Resolución de 29 de mayo de 1967, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas³. Sin olvidarnos del Convenio de La Haya, de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

¹ Así el derecho de visita comprende el de *comunicación* (por cualquier vía, como el teléfono, internet, correspondencia, etc.), el de *visitas* (una serie de horas al día en el lugar que se señale, en su caso) y el de *estancias* (referido a la posibilidad de que el progenitor no custodio podrá tener a los hijos consigo más de un día con pernocta, de tal manera que los hijos van a vivir con él, algunos fines de semana o periodos vacacionales).

² En su artículo 3.1 recoge el principio general del interés superior del menor, como premisa máxima a tener en cuenta por todas las instituciones, autoridades administrativas u órganos legislativos respecto de las medidas concernientes a la infancia.

³ Que señala que «en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial, y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de los mismos...».

La finalidad de este derecho no es satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que resulten beneficiosas para el menor. Por ello, el artículo 94-2.º del Código Civil indica que *«el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial»*.

Lo mejor para los menores es tener una relación lo más amplia posible, constante y fluida con sus progenitores, siempre que estos lo traten de forma adecuada a su edad y necesidades.

Sin olvidar que el régimen de visitas puede modificarse siempre pensando en el beneficio de los hijos *en caso de alteración de las circunstancias cuyos requisitos suelen ser sustanciales, objetivos que supongan la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, con un grado de permanencia en el tiempo, acreditada por la parte que la hace valer y consistir en acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge en el instante de la modificación*.

Además, como veremos a continuación, no procede dejar sometido únicamente a la voluntad de los hijos el ejercicio de este derecho, ni tampoco dejarlo al libre albedrío de una de las partes⁴.

II. EVOLUCIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITAS

El Derecho de visitas surgió con la Ley de divorcio y la reforma en Derecho de Familia producida por la Ley de 1981. Durante estos años ha ido evolucionando tanto el contenido como la visión interna y externa del derecho de visitas del no conviviente.

El contenido de esta figura inicialmente se planteó como la necesidad de mantener una relación por parte del padre que generalmente no tenía la guarda y custodia de los hijos tras la separación o divorcio, pues en los primeros tiempos —casi de manera automática— se otorgaba la guarda y custodia a la madre y el derecho de visita al padre. Con la creación y evolución hacia la guarda y custodia compartida, los derechos de ambos progenitores y de la sociedad en general maduran.

CARRETERO SÁNCHEZ⁵, ya señaló en 1994 la necesidad de cambio en la institución del derecho de visita, donde puso de relieve como en esos años, hace ya una década, servía para «que los cónyuges cuyo matrimonio se ha roto transmitan su mutuo rencor a los hijos menores a quienes utilizan como arma arrojadiza contra el cónyuge contrario, de manera que quienes son verdaderamente las víctimas de su fracaso sufren todavía más las consecuencias del mismo como si fuesen una mercancía de intercambio, con los consiguientes graves traumas que pueden hacerse irreversibles al llegar a la madurez».

A fin de evitar dicha situación, CARRETERO recalcó la importancia de la SAP de Cáceres, de 16 de diciembre de 1989, que dijo del derecho de visita que «tiene por finalidad establecer relaciones de carácter más estable de los progenitores con sus

⁴ Vid. IGLESIA MONJE, María Isabel DE LA, «Alteración del régimen de visitas de los progenitores», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 712, págs. 925-931 - Vlex: 57716912.

⁵ CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, «El nuevo planteamiento del derecho de visita», en *Diario La Ley*, 1994, págs. 1020, tomo 2, Editorial LA LEY.

hijos, permitiendo la estancia y convivencia de los mismos durante algún tiempo, y que se manifiesta como una facultad de la que no puede ser privado uno de los padres por el hecho de que no le haya sido otorgada la custodia y guarda de los hijos menores, al ser un derecho que, sólo excepcionalmente y en atención a razones fundadas, puede ser limitado, debiendo los Tribunales proceder a la determinación de su contenido, en cada supuesto concreto».

Hoy el contenido se ha visto ampliado, y lo que es más, reconocido por el legislador e incluso impuesto por el fruto de las resoluciones judiciales. No hay una vía solo de comunicación o de visita durante determinados días, o en determinados momentos sino que se requiere la participación activa del no custodio en la formación, educación y bienestar del hijo. Su implicación debe ser total.

III. EL DERECHO DE VISITAS COMO NEXO QUE PERMITE LA CONTINUIDAD O REANUDACIÓN DE LA RELACIÓN MATERNO O PATERNO-FILIAL

Hemos indicado como es importante evitar la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos. Según la jurisprudencia, amplía en este sentido, del que sólo recogemos una muestra, se resalta que el derecho de visitas del progenitor no custodio constituye no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores.

En este sentido, la STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de febrero de 1992⁶, señaló que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales. Este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio, así como en la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala, que «es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad».

Y, continuando en la misma línea, la más cercana en el tiempo, sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2012, aclara la naturaleza jurídica del derecho de visitas del progenitor no custodio, indicando que es un derecho derivado del derecho general de relacionarse los padres con sus hijos (arts. 39-1 y 39-3 CE), y «dada la naturaleza de la materia, las resoluciones sobre el *ius visitandi* no producen cosa juzgada, siendo clara su provisionalidad». En este sentido, el principio de buena fe debe presidir este derecho junto con la natural colaboración de ambos progenitores, correspondiendo al Juzgador,

⁶ La STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de febrero de 1992. Ponente: ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2944/1992. Continuación de la guarda del menor por los abuelos maternos tras el fallecimiento de la madre, pues la patria potestad debe atemperarse al interés de los hijos en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española. Es un derecho-deber que en determinados supuestos puede suspenderse, y aun extinguirse, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Nos recuerda la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, que en su artículo 9 permite a los Tribunales decretar la separación del niño de los padres cuando conforme a ley sea necesaria.

en defecto de acuerdo de los cónyuges, decidir sobre ello, atendiendo a la edad del menor, su salud, las razones de escolaridad y todos aquellos factores que se consideren beneficiosos para el mismo.

En este sentido y a la vista del artículo 160 del Código Civil, «se viene considerando por la doctrina y jurisprudencia al derecho de visita, no como un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene sólo por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado»⁷.

En resumen, no procede limitar el contacto de los hijos con los progenitores que no ostentan su custodia cuando no concurren razones serias justificativas, de entidad bastante y debidamente probadas que lo aconsejen, sin perjuicio de que en caso de constatarse la voluntad de no cumplir dicho régimen, pueda ser modificado y reducido por el cauce procesal adecuado.

IV. NEGATIVA DE LOS MENORES A ACEPTAR LA VISITA DE SU PROGENITOR

En los casos de conflicto es habitual que los jueces de familia tengan en cuenta los informes de los equipos técnicos, pues hay que garantizar siempre el *favor filii*, y consecuencia de ello surge la necesidad de mantener la vinculación de los menores con sus dos progenitores a fin de *alcanzar un adecuado desarrollo integral de los mismos*.

En el caso de que la decisión de los menores para aceptar o no la visita de su progenitor sea negativa, los jueces buscarán como solución seguir un proceso de terapia familiar en los servicios de Salud Mental como alternativa al cese del régimen de visitas. Es lo que ocurre en la SAP de Palencia, de 8 de noviembre de 2012⁸. En dicha sentencia el régimen de visita de los hijos establecido a favor de la madre que hasta ahora se venía celebrando en el local que la entidad Aprome y que resultaba conflictivo, es sustituido por la libre voluntad de los menores

⁷ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 16 de enero de 2012, recurso 417/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. Número de sentencia: 22/2012. Número de recurso: 417/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10237/2012.

⁸ SAP de Palencia, de 8 de noviembre de 2012, recurso 325/2012. Ponente: Ignacio Javier RAFOLS PÉREZ. Número de sentencia: 285/2012. Número de recurso: 325/2012. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley*, núm. 8049, Sección Jurisprudencia, 22 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 189061/2012. Improcedencia de la suspensión del régimen de visitas de los hijos establecido a favor de la madre y su sustitución por la libre voluntad de los menores para decidir si aceptan la visita de su madre. Los informes de los equipos técnicos ponen de relieve que, pese a las relaciones conflictivas, es necesario mantener la vinculación de los menores con sus dos progenitores a fin de alcanzar un adecuado desarrollo integral de los mismos. Solución alternativa al cese del régimen de visitas consistente en seguir un proceso de terapia familiar en los servicios de Salud Mental.

Al mismo tiempo, por ambos equipos técnicos se ofrece una alternativa cual es la de seguir un proceso de terapia familiar en Salud Mental que puede ser de difícil éxito, pero que, en cualquier caso, debe ser intentado como última solución antes de rendirse a una solución, el cese del régimen de visitas, que supone no solo cercenar un derecho de la madre sino, lo que es más importante, no amparar debidamente el derecho de los menores que se verán afectados por un déficit afectivo y emocional que les supondrá la ausencia de relación y de referente de la figura materna.

para decidir si aceptan la visita de su madre, decisión que deberá venir apoyada por el padre quien deberá prestar su colaboración.

Si se acordase la supresión del régimen de visitas se pondría en «entredicho los dos principios en que debe asentarse el régimen de visitas entre los hijos y el progenitor no custodio. El primero y esencial, que las decisiones que se adopten han de estar presididas por el *principio del beneficio o interés superior del menor* sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir».

Continúa la sentencia indicando que el segundo, complementario del anterior, se centra en que ese régimen de visitas ha de permitir la continuidad o reanudación de la relación materno o paterno-filial, «evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos».

La necesidad de mantenimiento de las visitas no se plantea solo desde un plano teórico, sino que tanto el equipo psicosocial como los técnicos de Aprompe ponen de relieve en sus informes la importancia de mantener la vinculación de los menores con sus dos progenitores a fin de alcanzar un adecuado desarrollo integral de los mismos.

La ausencia de relación con la figura materna produciría un déficit afectivo y emocional que les supondrá la ausencia de relación y de referente de la figura materna.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de La Rioja, de 21 de noviembre de 2012. Que establece la fijación de un régimen de visitas en favor del padre respecto de la hija que siente *terror* hacia él por culpa de la madre. La Sala entiende que no se debe suprimir el régimen de visitas sino tan sólo suspenderlo mientras se adoptan medidas psicológicas que reubiquen el sentimiento de la niña hacia el padre, para después alzar la suspensión e iniciar el régimen de visitas⁹.

⁹ SAP de La Rioja, 384/2012, de 21 de noviembre de 2012. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. LA LEY 194089/2012. *Diario La Ley*, núm. 8052, Sección Jurisprudencia, 27 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 1424/2013.

El ponente considera que la restricción o supresión del régimen de vistas a favor de un progenitor ha de ser la excepción a la regla general que consiste en la fijación de un régimen de visitas y relación entre el hijo menor y el progenitor no custodio. Las visitas han de establecerse, salvo que concurren «graves circunstancias» o un «incumplimiento grave y reiterado» de los deberes impuestos en resolución judicial por parte de un progenitor. En la sentencia impugnada se determina que no hay razones para concluir que el progenitor vaya a ser un mal padre o que su relación con la menor la vaya a perjudicar, ni se prueba tampoco que el padre consuma drogas o alcohol. Se resuelve que el pánico o terror que siente la hija hacia el padre no radica en causas objetivas sino en la influencia en la menor por parte de la madre y su entorno.

Cosa distinta es que se valore si concurren otras «graves circunstancias» que, aunque ajenas al padre, sí pudieran justificar una supresión del régimen de visitas, en aras al superior interés del menor, porque lo cierto es que, a la vista del informe psicosocial y la grabación del juicio oral, la hija siente animadversión hacia su padre y hacia la posibilidad de relacionarse con él, debido a la lamentable influencia de la madre.

La Sala concluye, con el fin de *anuar el interés prevalente del menor con los derechos legítimos del progenitor no custodio*, que no debe acordarse la supresión de las visitas, tan sólo su suspensión y adoptarse durante la misma las medidas terapéuticas de tipo psicológico necesarias *dirigidas a reubicar el sentimiento de la niña hacia el padre* para que, cuando ello se logre, pueda alzarse la suspensión e iniciarse el régimen de visitas fijado.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO DE VISITAS

El derecho de visitas debe ajustarse al principio general de Derecho que es el del *beneficio o interés superior del menor* sobre cualquier interés legítimo que pueda concurrir. Así resulta de la legislación tanto interna (art. 159 CC¹⁰ y art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor)¹¹, como internacional (art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990)¹².

Principio que ha sido utilizado como argumento de multitud de decisiones jurisprudenciales desde el año 1996 —fecha de publicación de la LO— en diferentes Tribunales y en relación con diferentes temas de fondo relacionados con menores.

La STC, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008¹³, aclaró que la disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas. Ésta se justifica, atendiendo al *interés prevalente del menor*, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre¹⁴.

Sentencia que declara que «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste»¹⁵.

¹⁰ Artículo 159. Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, *el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad*. El juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

¹¹ Artículo 2. Principios generales. En la aplicación de la presente Ley *primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

¹² Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Artículo 9.3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a *mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular*, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

¹³ STC, Sala Primera, número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008.

¹⁴ Vid. IGLESIA MONJE, María Isabel DE LA, «Transexualidad y restricción del régimen de visitas», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 713, págs. 1518-1524 - Vlex: 58031144.

¹⁵ «En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada». Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María («Transexualidad del progenitor y derecho

En referencia al *régimen de visitas de los abuelos*, con gran claridad la STS, de 17 de septiembre de 1996¹⁶, indicó que «el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España».

La STS de 23 de febrero de 1999¹⁷ indica que «es constante la jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad “en beneficio de los hijos”. Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma».

En la STS de 12 de julio de 2004¹⁸ se concreta «la reiterada jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad en beneficio de los hijos... Por todo ello no pueden considerarse infringidos los preceptos citados... es el interés superior del menor, el bien jurídico protegido en esta materia, como bien se deriva de la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y de la Ley de Protección Jurídica del Menor, 1/1996, de 15 de enero y, acreditado éste en autos, no puede ser objeto del recurso de casación».

Últimamente, la STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de enero de 2013, mantiene la guarda de la madre sobre el hijo, pese a impedir durante años que se relacionase con el padre, pese a la solicitud de éste del cambio de la guarda

de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, año XXXI, 20 de septiembre de 2010, Ref. D-276, Editorial LA LEY, Abogados de Familia, número 58, Cuarto trimestre de 2010, Editorial LA LEY) quien además indica que «la inestabilidad emocional del progenitor no custodio generó un riesgo relevante para el hijo, lo que justifica la restricción del régimen de visitas, ya que en este tipo de situaciones conflictivas el principio del bienestar del hijo debe ceder ante los derechos de los progenitores y estos han de experimentar un «sacrificio» de sus intereses y legítimos derechos».

¹⁶ STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, recurso 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 2631/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8736/1996.

¹⁷ STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de febrero de 1999, recurso 2329/1994. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 2329/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2949/1999. Se recurre la privación de la patria potestad ante el incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales.

¹⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165139/2004.

y custodia del menor atribuida a la madre, a la que se permitió el cambio de residencia a los Estados Unidos de América y que ha impedido durante años el cumplimiento del régimen de visitas del hijo con el padre.

El alto Tribunal considera prevalente el interés del menor con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, pues el menor es vinculado afectivamente con la madre e integrado en la vida del país de residencia, sin que haya quedado justificado el beneficio que para el menor representa el traslado de su lugar de residencia a España y la imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce.

No debemos olvidar la existencia del artículo 776.3 LEC dice que «el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas».

Esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 CE. Lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino *el interés de los menores en verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo, especialmente si este es de corta edad, pueda conducir a una alteración creciente de la relación con su padre*. Sin duda el paso del tiempo puede tener como efecto convertir en definitiva una situación de falta de comunicación, en la medida en que se le priva de estos contactos periódicos y se amenazan estos intereses y derechos que resultan de la relación con sus progenitores.

El ordenamiento jurídico dispone de un arma más beneficiosa para el menor en cuanto no compromete a la madre en actuaciones que a la postre podrían perjudicarle, pero con el efecto disuasorio que pueden producir en aquellos padres que se sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se pudieran cometer con motivo del derecho de visitas, están instrumentos como el *Convenio de La Haya, de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* dirigido, entre otros fines, a «velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes» (art. 1.2).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda en la sentencia de 7 de agosto de 1996¹⁹, que para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento

¹⁹ STEDH de 7 de agosto de 1996 (LA LEY 14117/1996). Sentencia que indica que «en cuanto a la supresión de los derechos parentales y de visitas, la recurrente ha sido privada de sus derechos y de la posibilidad de visitar, ya que su hija ha sido situada permanentemente en un hogar de acogida con vistas a ser adoptada ulteriormente. Estas medidas tenían un alcance particularmente grande en cuanto han privado totalmente a la interesada de una vida familiar con su hija y no se ajustaban a la finalidad de reunir a la madre y a la hija. Tales medidas no deben aplicarse más que en circunstancias excepcionales, y no pueden justificarse respecto al apartado 2 del artículo 8 del Convenio más que si se inspiran en una exigencia primordial que afecte a un interés superior del hijo».

Continúa la sentencia diciendo que «el modo de vida de la recurrente había ya mejorado en alguna manera. Fueron ante todo las dificultades encontradas para aplicar la decisión de retirada de la custodia de su hija las que justificaron desde el punto de vista de las autoridades que la interesada no iba a mostrarse cooperativa y que podía implicar un riesgo

fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio de donde concluye el Tribunal que «el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio»²⁰.

Como precisa la sentencia de 3 de diciembre de 2009, al resolver sobre una demanda del padre por incumplimiento del régimen de visitas por parte del cónyuge custodio, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio²¹.

de perturbación de la educación de su hija si se le daba el derecho de visitar a ésta en el hogar de acogida. No se puede sin embargo decir que estas dificultades y este riesgo fuesen de una naturaleza y de un grado tales que dispensaran a las autoridades de la obligación, normal en relación con el artículo 8 del Convenio, de adoptar medidas para reunir a la madre y a la hija, si la primera devenía apta para educar convenientemente a la segunda.

Siendo esto así, el Tribunal no considera que la decisión de 3 de mayo de 1990, en la medida en que privaba a la recurrente de las visitas a su hija y de los derechos parentales respecto de esta, tuviera una justificación suficiente a los fines del artículo 8.2 del Convenio, ya que no se ha demostrado que la medida respondiera a una exigencia primordial afectante al interés superior del hijo.

Por tanto, el Tribunal concluye que las autoridades nacionales han excedido su margen de apreciación y atentado por ello a los derechos garantizados a la recurrente por el artículo 8 del Convenio».

²⁰ STEDH de 13 de julio de 2000 (LA LEY 144430/2000). El Tribunal recuerda, además, que un justo equilibrio debe alcanzarse entre los intereses del niño y los del padre. Se atribuye una importancia particular *al interés superior del hijo que, según su naturaleza y su gravedad, puede sobreponerse al del padre. En particular, el artículo 8.º del Convenio no puede autorizar al padre a tomar medidas perjudiciales para la salud o el desarrollo del hijo.*

En este caso, el Tribunal destaca que las jurisdicciones nacionales competentes han rechazado la solicitud por la cual el recurrente pedía un derecho de visita basándose en las declaraciones hechas por el niño en respuesta a las preguntas de un tribunal de distrito cuando tenía la edad de cinco y seis años respectivamente, y que han tomado en cuenta las relaciones mantenidas entre los padres considerando que no importaba saber cuál era el origen de las tensiones entre ellos, y que han concluido que una reanudación de los contactos sería nocivo para el hijo.

²¹ STEDH, Sección 1.ª, de 3 de diciembre de 2009, recurso 22028/2004. Número de recurso: 22028/2004. (LA LEY 326430/2009). Caso Zaunegger contra Alemania. Denegación al recurrente de la custodia compartida de su hija, nacida fuera del matrimonio. Disposiciones legales que dan lugar a una diferencia de trato entre los padres de los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio. Los tribunales alemanes rechazaron la petición del demandante para la custodia conjunta de su hija porque según el Código Civil alemán, en ausencia de una declaración sobre la custodia compartida por ambos padres, la madre asume la custodia exclusiva. En consecuencia, como no hubo una decisión alternativa posible en virtud de la legislación nacional, los tribunales nacionales no examinaron si la concesión de la custodia compartida pondría en peligro el bienestar de la niña, o si por el contrario, sería en el mejor interés de ella. No existe una razonable relación de proporcionalidad entre la exclusión general de la revisión judicial de la atribución inicial de la custodia exclusiva a la madre y el objetivo perseguido, a saber, la protección de los intereses de un niño nacido fuera del matrimonio. Hubo, por tanto, una violación del artículo 14 de la Convención, junto con el artículo 8.

Pero retomando la sentencia del TS, de 31 de enero de 2013, se justifica la medida adoptada porque considera que el artículo 776 es una concreción del concepto jurídico indeterminado *del interés superior del menor*, y así puede ser; ciertamente, pero no siempre. Es cierto que, sea cual fuere el miembro de la pareja parental con el que conviva el niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que se han creado unos vínculos muy distintos del menor con el padre que ahora pretenden reforzarse a través de un cambio de custodia que tiene como punto de partida una primera etapa de acercamiento progresivo del padre con su hijo en Pontevedra en el que la madre seguirá con la custodia, lo que exige que tanto éste como su madre se trasladen a España para cumplimentar el régimen de visitas que se establece a favor del padre, y una fase posterior que concluye con la madre residiendo en España con el hijo ya bajo la custodia del padre. La primera parte tiene una duración de dos años. La segunda de cuatro. Una y otra prorrogables, sin que este periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, ofrezca ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente del padre con su hijo.

Iniciativas de esta clase, con el padre en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos.

Para el menor, dice el voto particular, que se acepta, «supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce»²².

²² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay tenido ocasión de pronunciarse en los últimos tiempos en supuestos parecidos:

La STEDH, Sección 2.ª, de 17 de mayo de 2011, recurso 33362/2004. Número de recurso: 33362/2004 (LA LEY 91046/2011). Caso Küçük contra Turquía y Suiza. Secuestro internacional de niños. No restitución del hijo del recurrente —titular de su custodia— a Turquía, donde tenía su residencia habitual, por su exesposa tras el ejercicio por ella de su derecho de visita. Adopción por las autoridades de todas las medidas ordenadas para la restitución y retorno del menor sustraído. El hecho de que los procedimientos judiciales, policiales y diplomáticos turcos y suizos no se hayan desarrollado según el deseo del padre y que el interesado no haya obtenido el resultado querido en un plazo más corto, no significa que las autoridades en cuestión hayan permanecido inactivas. Inexistencia de vulneración del artículo 8 del Convenio.

También hay que tener en cuenta la STEDH, Sección 3.ª, de 10 de noviembre de 2009, recurso 1188/2005. Número de recurso: 1188/2005 (LA LEY 254278/2009). Caso R. R. contra Rumanía. Medidas exigibles a las autoridades nacionales en el marco del Convenio de La Haya para hacer efectivo el derecho de visita del padre que no tiene atribuida la custodia del hijo desplazado a otro país. El artículo 8 del Convenio, interpretado a la luz del Convenio de La Haya, no pone a cargo de las autoridades nacionales obligaciones positivas dirigidas al regreso permanente del niño si el interesado no es titular más que de un derecho de visita. Y en el caso, las autoridades rumanas han adoptado todas las medidas para el retorno del niño desde Estados Unidos para reunirse con su padre, y para el ejercicio por el recurrente de su derecho de visita anual de tres semanas, por lo que no existe vulneración del artículo 8 del Convenio.

VI. LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Uno de los mecanismos que se han creado y que resultan imprescindibles para lograr el cumplimiento del régimen de visitas establecido ante la inviabilidad de otras alternativas aptas para su efectividad son los Puntos de Encuentro Familiar (PEF).

Como exhaustivamente demuestra el magistrado GONZÁLEZ DEL POZO²³, «desde su experiencia se utilizan cuando hay orden de alejamiento entre los progenitores o cuando hay malas relaciones entre los progenitores²⁴, o para la implementación de regímenes de visitas tuteladas (y propone como ejemplo: la reanudación de relaciones entre el menor y su progenitor cuando las mismas han estado interrumpidas durante largos periodos de tiempo²⁵, o la existencia de enfermedades de tipo psiquiátrico, alcoholismo, toxicomanías o adicciones en el progenitor custodio que, por el estado en que se encuentran, generen un riesgo razonable de peligro o daño, físico o psíquico, para el menor con ocasión de las visitas²⁶ o, en caso de padres con enfermedades mentales²⁷ o en los supuestos, no comprobados,

²³ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento», en *Diario La Ley*, núm. 6998, Sección Doctrina, 28 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-238, Editorial LA LEY. LA LEY 38862/2008.

²⁴ La eliminación de enfrentamientos entre los progenitores favorece, por sí sola, las relaciones del menor con el no custodio, como dice la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, sentencia de 8 de febrero de 2007, recurso 552/2005. Ponente: Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI. Número de sentencia: 106/2007. Número de recurso: 552/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 19818/2007) para mantener la entrega del menor en el punto de encuentro («puede favorecer la relación paterno-filial al evitar nuevos enfrentamientos entre los progenitores...»).

²⁵ El AAP de Málaga, Sección 6.ª, de 16 de febrero de 2006, resolución 38/2006, recurso 68/2006, ponente: Soledad JURADO RODRÍGUEZ, deniega al padre el despacho de ejecución de sentencia solicitada para comunicar con su hijo de diez años, al que no veía desde los tres, con el argumento de que esa pretensión no consiste en mantener la relación con su hijo, sino en reiniciarla, y el modo en que se produce esa reanudación ha de supeditarse al interés del menor; pues, en otro caso «...quedaría el equilibrio emocional del niño a expensas de los vaivenes afectivos de su padre». Auto citado por GONZÁLEZ DEL POZO.

²⁶ La SAP de Lugo, Sección 1.ª, de 19 de diciembre de 2006, resolución 416/2006, recurso 454/2005, ponente: María José RUIZ TOVAR, Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 242773/2006) revoca el régimen de visitas ordinario concedido en primera instancia a un padre que padecía alcoholismo crónico y establece un régimen de visitas controladas en un punto de encuentro familiar durante dos horas los sábados y domingos, con posibilidad de ampliar las mismas e incluso autorizar su desarrollo fuera de dicho punto a la vista de la evolución positiva de los informes siempre con las debidas garantías de seguridad para la menor. La fijación de este régimen se razona así:

«...El alcoholismo crónico del padre no hace aconsejable que recoja o lleve a la menor o esté a solas con la misma, por muy buenas relaciones que Daniela (siete años en la actualidad) haya podido tener con los abuelos paternos (...). El médico forense y la psicóloga recomendaron que las visitas se realizaran en el punto de encuentro, “dada a imprevisibilidad de do seu comportamento, en relación a o seu hábito alcohólico e o ofecemento dun modelo parental pouco adecuado”. Véase, igualmente, el tiempo transcurrido sin ver la menor a su progenitor...».

²⁷ En la sentencia del Juzgado de 1.ª instancia, número 24 de Madrid, de 5 de enero de 2007, dictada y citada por GONZÁLEZ DEL POZO, en los autos de modificación de medidas

de denuncia de maltrato o abuso sexual cometidos sobre el menor por parte del progenitor no custodio, o cuando hay malas relaciones entre el progenitor no custodio y el menor) siempre con la finalidad de instaurar un régimen progresivo iniciado con visitas tuteladas²⁸, o como elemento de preconstitución de prueba en caso de incumplimientos reiterados del régimen de visitas por parte del progenitor custodio, o donde tienen lugar las visitas de los abuelos u otros parientes cuando el progenitor de su línea tiene suspendido o restringido el régimen²⁹, o finalmente, ante el riesgo de sustracción internacional del menor por el progenitor no custodio aprovechando los periodos en que le corresponde tener consigo al menor en cumplimiento del régimen de visitas y estancias establecido».

VII. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS PRODUCIDOS POR EL CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O INCUMPLIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Si el progenitor no custodio incumple o cumple defectuosamente su obligación se está produciendo un *daño* al hijo. Daño que debe ser reparado vía indemnización de daños y perjuicios (art. 1902 CC)³⁰.

Hasta ahora la doctrina³¹ había considerado un *incumplimiento* al derecho de visita, por ejemplo, «el no acudir a buscarle los días establecidos (en el convenio)».

número 489-2006, se discutía el régimen de visitas de que debía disfrutar un padre no custodio que tenía diagnosticada esquizofrenia paranoide. La sentencia de separación en el año 2002 y posteriormente la de divorcio en 2004 habían establecido a favor del padre un régimen de visitas limitado, a desarrollar en un PEF, de forma controlada. Los motivos que fundamentaban, dada la personalidad agresiva del padre por entender que debía prevalecer en todo caso el derecho de los menores a la seguridad y este limitado régimen de comunicaciones paterno-filiales, residían, de un lado, en la personalidad agresiva del padre, y, de otro, en la posibilidad de que sufriera accesos o recaídas graves en la enfermedad de esquizofrenia paranoide que le había sido diagnosticada, en relación con las cuales la salida de los menores del Punto de Encuentro podía suponer un elemento nuevo y sorpresivo, que supone cierto riesgo dada la psicosis paranoide que sufrió el padre.

²⁸ Suelen establecerse tras largos periodos de incomunicación del menor con el progenitor no custodio, «El Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.ª, Auto de 12 de abril de 2005, recurso 859/2004. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 66/2005. Número de recurso: 859/2004. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 80329/2005), acuerda el establecimiento de una relación progresiva de un menor de doce años, con su padre, en presencia permanente de un psicólogo para garantizar la estabilidad emocional de aquél, al haberse constatado que la madre de manera reiterada había venido ejerciendo una nefasta influencia sobre el menor con el fin de desdibujar la figura paterna».

²⁹ En la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, número 24 de Madrid, de fecha 28 de diciembre de 2005, dictada y citada por GONZÁLEZ DEL POZO, en el juicio verbal 251/2005, se denegó el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna respecto de un menor de catorce años, al rechazar abiertamente éste todo contacto con su abuela paterna y existir un situación de grave enfrentamiento e incomunicación entre las familias materna y paterna del menor, y manifestar éste un serio rechazo hacia la figura del padre, que tenía suspendidas las comunicaciones con su hijo.

³⁰ La LEC prevé, en su artículo 773.3.º, las consecuencias jurídicas de los incumplimientos, estableciendo que «el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas».

³¹ ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7550, año XXXII, 19

Y, en cuanto a los *cumplimientos defectuosos* del derecho de visita y comunicación, la doctrina recoge los siguientes: «la mitad de los fines de semana pactados no vaya a buscar al hijo, o vaya tarde, o devuelva al menor a su domicilio habitual después del día o de la hora pertinente, o desatienda al hijo y le deje con otra persona, por ejemplo, con una *canguro* o *au pair* de manera injustificada durante todo, o parte, del tiempo que comprenden las relaciones paterno-filiales».

El artículo 1902 del Código Civil prevé la reparación del perjuicio sufrido y, según MORENO VELASCO³², «es común en la práctica de los juzgados de familia que ante el incumplimiento del cónyuge custodio, el no custodio solicite que se le compense con periodos futuros», solución que considera más acorde con la naturaleza del derecho de visitas, ya que tiene la ventaja de permitir al progenitor no custodio recibir justo de lo que se ha visto privado como compensación al daño moral sufrido³³.

Todo ello, además de los daños morales que se generan consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas³⁴.

de enero de 2011, Ref. D-22, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 60, segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», en *RCDI. Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, año 2012, núm. 729, págs. 419-432.

³² MORENO VELASCO, Víctor, «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7163, año XXX, 28 de abril de 2009, Ref. D-149, Editorial LA LEY.

³³ Así el Auto de la AP de Zaragoza, Sección 4.ª, de 1 de septiembre de 2005, recurso 114/2005. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUIL. Número de Auto: 450/2005. Número de recurso: 114/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 169169/2005), que dice que «Se estima en parte lo solicitado por la representación de don Lázaro en su escrito de 18 de octubre de 2004, y a la vista de los incumplimientos del régimen de visitas de la parte contraria, se establece que éstas se deberán reanudar el próximo viernes día 12 de noviembre de 2004 a las 18.00 horas; debiendo llevar la madre a las hijas al Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza sin excusa ni pretexto, salvo que las hubiera entregado al padre el fin de semana anterior del 5 al 7 de noviembre; y sin perjuicio de que si se llegare a un acuerdo de las partes, pueda cambiarse el actual Punto de Encuentro por otro más favorable para las hijas».

O el Auto de la AP de Barcelona, Sección 12.ª, de 27 de febrero de 2007, recurso 612/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 64/2007. Número de recurso: 612/2006. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 53815/2007), ejemplo claro del principio de autonomía de la voluntad entre los cónyuges en cuanto al derecho de visita y el incumplimiento del mismo. Al establecerse que: «El régimen de visita fijado en sentencia, ya sea por la aprobación de un convenio entre las partes o con motivo de la presentación de la demanda de divorcio, es de obligado cumplimiento para ambos cónyuges, salvo que de mutuo acuerdo flexibilicen el rigor de los pronunciamientos y alcancen otros acuerdos en beneficio del hijo común. Pactaron las partes la compensación de dos fines de semana para el caso de incumplimiento, que en este caso válida y correctamente se aplica de forma literal».

³⁴ SAP de Cádiz, Sección 2.ª, de 8 de abril de 2002, recurso 220/2001. Ponente: Manuel DE LA HERA OCA. Número de recurso: 220/2001. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 68232/2002), que afirma que: «Es innegable que la situación producida en el actor (definida por la sensación de incertidumbre acerca de la posibilidad de ejercicio del derecho que le había sido reconocido por el Juzgado, así como de impotencia frente a la actuación obstativa de los demandados, así como el resultado de privación de contacto con los hijos propios, incluso hasta el extremo de intentar borrar de su memoria la existencia de un padre biológico), produce un daño de orden espiritual en el referido progenitor, que no ha dejado nunca de intentar tener ese acercamiento hacia su hija».

Jurisprudencia que excluye el daño moral a las relaciones familiares por ser ajeno al sentido común³⁵.

Más práctico puede resultar el hecho de dar más auge al principio de la autonomía de la voluntad en el propio Convenio Regulador y concreten por pacto el abono de una indemnización para el caso de incumplimiento o cláusula penal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo: «El nuevo planteamiento del derecho de visita», en *Diario La Ley*, 1994, pág. 1020, tomo 2, Editorial LA LEY.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento», en *Diario La Ley*, núm. 6998, Sección Doctrina, de 28 de julio de 2008, año XXIX, Ref. D-238, Editorial LA LEY. LA LEY 38862/2008.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel: «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010, Ref. D-291, Editorial LA LEY.
- IGLESIA MONJE, María Isabel DE LA: «Transexualidad y restricción del régimen de visitas», en *RCDI, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 713, págs. 1518-1524 - Vlex: 58031144.

³⁵ SAP de Valencia, Sección 11.ª, de 20 de febrero de 2006, recurso 951/2005. Ponente: José Alfonso AROLAS ROMERO. Número de sentencia: 89/2006. Número de recurso: 951/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 87293/2006), declara inaplicable el artículo 1101 del Código Civil: «excluida la aplicación del artículo 1101 del Código Civil, el único título de imputación lo sería por vía del artículo 1902 del Código Civil, y en el presente supuesto no concurren los requisitos configuradores de la culpa extracontractual. De un lado, porque la actitud que el demandante imputa a la demandada como causante de la ruptura de la relación paterno-filial, que la sentencia apelada calificó a título de culpa, no puede estimarse así, ya que responde a un ánimo tendencial, como así se desprende de la demanda, que nada tiene que ver con la culpa o negligencia en que se sustenta el artículo 1902 del Código Civil, y sí con un comportamiento doloso que no tiene encaje en este precepto. De otro lado, porque el resultado producido hay que referirlo a la ruptura de la relación entre el actor y su hija, lo cual hay que darlo por probado por la propia declaración de ésta y por el testimonio de la psicóloga doña María Luisa, pero ello no implica de por sí que se haya producido un daño moral indemnizable: de una parte, porque no se ha acreditado con medio probatorio alguno que dicha situación haya causado un padecimiento o sufrimiento psíquico tal al demandante que le haya causado ansiedad, angustia o un quebranto en su personalidad que sea merecedor de una compensación económica; y de otra parte, porque en dicha ruptura de relación padre-hija no ha sido ajeno el propio actor, cuando en un principio, para la obtención de una separación de mutuo acuerdo, accedió a un nimio régimen de visitas de dos días al mes y, además, en el domicilio de la madre, y cuando, posteriormente, aunque insistió en ver a su hija, no llegó a agotar todas las vías procesales, tanto civiles como penales, para regularizar un efectivo régimen de visitas, construyendo a la madre a su cumplimiento. Pero es que además, hablando de relaciones humanas y sin prueba pericial practicada al caso de que se trata, no puede darse por sentado que el comportamiento negativo y obstativo de la demandada al régimen de visitas, haya sido la única causa de la ruptura de la relación paterno-filial, ya que dicho resultado podría haberse igualmente producido de haberse desarrollado el régimen de visitas con normalidad, pues en las relaciones familiares, y más concretamente en las paterno-filiales son muchos los factores anímicos, emocionales, sentimentales... que influyen en ellas».

- «Alteración del régimen de visitas de los progenitores», en *RCDI. Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, 2009, núm. 712, págs. 925-931 - Vlex: 57716912.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7163, año XXX, de 28 de abril de 2009, Ref. D-149, Editorial LA LEY.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor no custodio: problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7550, año XXXII, de 19 de enero de 2011, Ref. D-22, Editorial LA LEY. Abogados de Familia, núm. 60, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.
- «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», en *RCDI. Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil*, año 2012, núm. 729, págs. 419-432.
- «Transexualidad del progenitor y derecho de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7471, año XXXI, de 20 de septiembre de 2010, Ref. D-276, Editorial LA LEY, Abogados de Familia, núm. 58, cuarto trimestre de 2010, Editorial LA LEY.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STEDH, Sección 2.^a, de 17 de mayo de 2011, recurso 33362/2004. Número de recurso: 33362/2004 (LA LEY 91046/2011).
- STEDH, Sección 1.^a, de 3 de diciembre de 2009, recurso 22028/2004. Número de recurso: 22028/2004. (LA LEY 326430/2009).
- STEDH, Sección 3.^a, de 10 de noviembre de 2009, recurso 1188/2005. Número de recurso: 1188/2005. LA LEY 254278/2009.
- STEDH de 13 de julio de 2000 (LA LEY 144430/2000).
- STEDH de 7 de agosto de 1996 (LA LEY 14117/1996).
- STC, Sala Primera, número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de julio de 2004, recurso 1947/2000. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. Número de recurso: 1947/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 165139/2004.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de febrero de 1999, recurso 2329/1994. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Número de recurso: 2329/1994. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2949/1999. Se recurre la privación de la patria potestad ante el incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, recurso 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. Número de recurso: 2631/1992. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 8736/1996.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de febrero de 1992. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2944/1992.
- SAP de La Rioja, 384/2012, de 21 de noviembre de 2012. Ponente: Fernando SOLSONA ABAD. LA LEY 194089/2012. *Diario La Ley*, núm. 8052, Sección Jurisprudencia, de 27 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 1424/2013.
- SAP de Palencia, de 8 de noviembre de 2012, recurso 325/2012. Ponente: Ignacio Javier RAFOLS PÉREZ. Número de sentencia: 285/2012. Número de recur-

- so: 325/2012. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley*, núm. 8049, Sección Jurisprudencia, de 22 de marzo de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 189061/2012.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2012, recurso 417/2011. Ponente: José Ramón NAVARRO MIRANDA. Número de sentencia: 22/2012. Número de recurso: 417/2011. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10237/2012.
 - SAP de Lugo, Sección 1.^a, de 19 de diciembre de 2006, resolución 416/2006, recurso 454/2005. Ponente: María José RUIZ TOVAR.
 - SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 20 de febrero de 2006, recurso 951/2005. Ponente: José Alfonso AROLAS ROMERO. Número de sentencia: 89/2006. Número de recurso: 951/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 87293/2006).
 - SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 16 de febrero de 2006, resolución 38/2006, recurso 68/2006. Ponente: Soledad JURADO RODRÍGUEZ.
 - SAP de Cádiz, Sección 2.^a, de 8 de abril de 2002, recurso 220/2001. Ponente: Manuel DE LA HERA OCA. Número de recurso: 220/2001. Jurisdicción: CIVIL. (LA LEY 68232/2002).
 - SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 8 de febrero de 2007, recurso 552/2005. Ponente: Fernando VALDÉS-SOLÍS CECCHINI. Número de sentencia: 106/2007. Número de recurso: 552/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 19818/2007).
 - AP de Barcelona, Sección 12.^a, Auto de 27 de febrero de 2007, recurso: 612/2006. Ponente: María José PÉREZ TORMO. Número de sentencia: 64/2007. Número de recurso: 612/2006. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 53815/2007).
 - AP de Zaragoza, Sección 4.^a, Auto de 1 de septiembre de 2005, recurso 114/2005. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUI. Número de Auto: 450/2005. Número de recurso: 114/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 169169/2005).
 - AP de Barcelona, Sección 12.^a, Auto de 12 de abril de 2005, recurso 859/2004. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 66/2005. Número de recurso: 859/2004. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 80329/2005).

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 39 CE (el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia).
- Artículo 159 del Código Civil.
- Artículo 2. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Artículo 776.3 LEC.
- Artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Artículo 1.2 del Convenio de La Haya, de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

RESUMEN

DERECHO DE VISITA.
VOLUNTAD DE LOS HIJOS

El derecho de visita se configuró inicialmente como una necesidad del padre que no tenía la guarda y custodia de sus hijos tras la ruptura de la pareja. Paralelamente se detectó la necesidad de establecer relaciones de carácter más estable con los hijos. Desde la perspectiva del padre es una facultad de la que no puede ser privado, y desde la del hijo el ordenamiento prima su interés y su beneficio, pudiendo los tribunales limitar su contenido en cada caso distinto. Preside este derecho el principio de buena fe junto con la natural colaboración de ambos progenitores.

Actualmente su contenido se ha ampliado, ya no solo hay visita y comunicación, sino que se requiere la participación activa del no custodio en la formación, educación y en su bienestar.

ABSTRACT

VISITATION RIGHTS.
THE CHILDREN'S WISHES

At first visitation rights were set up in response to the needs of the parent who is not awarded guardianship and custody of the children in the wake of a break up. In a parallel development, the need for this parent to establish relationships of greater stability with the children was detected. From the parent's standpoint, visitation is an inalienable faculty; from the child's standpoint, the child's interests and benefit come first for the law, and courts may restrict visitation on a case-by-case basis. Presiding over this right is the rule of good faith, together with the natural cooperation of the two parents.

Visitation rights mean more now than they used to. Not only may the parent without custody visit and communicate with the children; he or she is actually required to participate actively in the children's training, education and welfare.

1.3. Derechos reales

EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE BIENES HIPOTECADOS CUANDO EXISTEN CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE LO ORIGINÓ: CONSECUENCIAS DE LA STJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013, Y DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. LA NATURALEZA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DESTINADO A LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL POR PERSONA FÍSICA.—II. LA STJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013; HECHOS Y DOCTRINA: 1. LA NO ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE BIENES HIPOTECADOS AL DERECHO DE LA UNIÓN. 2. CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: a) *Control judicial*; b) *Control registral*.—III. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STJUE.—IV. NUEVA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. LA NATURALEZA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DESTINADO A LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL POR PERSONA FÍSICA

El préstamo hipotecario concertado entre un particular y una entidad financiera para financiar la compra de la vivienda habitual del mismo reviste un carácter especial; primero, por su causa: es un contrato vinculado a dicha compraventa; segundo, por su objeto: se destina al pago de la vivienda habitual, especialmente digna de protección en estos momentos, y en tercer lugar por el sujeto, ya que el deudor hipotecario en estos casos es una persona física.

Por eso, conviene pararse a reflexionar sobre el carácter del contrato de préstamo hipotecario, como contrato de consumo. Sólo si se considera como tal, al mismo le será aplicable la legislación protectora de los consumidores, tanto nacional como europea, y eso es lo que se defiende desde estas líneas.

El crédito hipotecario, y en concreto el derivado de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, suele concertarse, en estas ocasiones de adquisición de vivienda habitual, entre un particular y una entidad financiera o de crédito. Son precisamente estas entidades financieras —los acreedores hipotecarios—, las que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo en el contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos, a las que el particular no tiene más remedio que consentir si quiere obtener la financiación solicitada.

La contratación en masa ha alcanzado a los contratos bancarios, y las entidades financieras redactan los contratos introduciendo en los mismos un formulario casi tipo, en el que cabe poca negociación por las partes contratantes,

demonstrando de este modo su mayor fuerza e inclinando la balanza a su favor. El hecho de que ofrezcan varias alternativas estandarizadas a los clientes, entre las cuales puedan elegir, no suprime el carácter impuesto del contrato, ni lo acerca más a un contrato de negociación, tal y como ya ha afirmado el Tribunal Supremo en la reciente STS de 9 de mayo de 2013.

Por este motivo, podemos considerar que, hoy en día, el préstamo hipotecario es un contrato cercano al de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (entidad de crédito), y el adherente es el deudor hipotecante (el particular; cliente de la entidad financiera), al que no le queda más remedio que aceptar o rechazar lo que allí se establece, sin poder negociarlo, y con un desequilibrio contractual importante entre las partes, como así ha reconocido, la STJUE de 14 de julio de 2012.

Si el préstamo hipotecario se asemeja en muchos aspectos a un contrato de adhesión (a saber: pre-redactado por una de las partes, clausulado tipo, adhesión o rechazo de la otra; en definitiva, ausencia de negociación, y contratación en masa), podemos decir que esas cláusulas pre-redactadas, generalizadas, que se aplicarán en todos los contratos del mismo tipo, son «condiciones generales de la contratación». En este sentido la importante STS de 9 de mayo de 2013 confirma que las cláusulas de un préstamo hipotecario pueden considerarse como condiciones generales de la contratación, al reunir, las mismas, los elementos esenciales de aquellas.

En consecuencia, deberán rechazarse aquellas cláusulas que, según esta Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que incorpora la Directiva 93/13 (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sean consideradas nulas. Y son nulas las condiciones que contravengan lo dispuesto en esta Ley y las que se consideren abusivas según el criterio establecido en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU)¹, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, tal y como establece el artículo 8 LCGC².

En cualquier caso, y aunque no se consideraran las cláusulas de un préstamo hipotecario como condiciones generales de la contratación, al tratarse de un con-

¹ No se puede olvidar, por otra parte, la plena aplicación de esta LDCU a los servicios bancarios, por considerar al cliente como consumidor final, tal y como ha declarado la SAP de Valencia, de 17 de octubre de 1990, y tal y como lo considera gran parte de la doctrina, entre otros: REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo, la protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obra y financiación: comentarios y jurisprudencia*, Editora General de Derecho, D. L., 1993, pág. 165; SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LDCU», en *RDBB*, enero-marzo de 1991, núm. 41, pág. 222.

² Artículo 8. Ley de Condiciones Generales de la Contratación: *Nulidad*:

- «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.
2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

trato entre un empresario y un consumidor, pues analizamos el caso del deudor-persona física que contrata el préstamo hipotecario para financiar la adquisición de su vivienda, la LDCU es de plena aplicación a los mismos (art. 59 LDCU), y por tanto también lo dispuesto en ellos conforme a las cláusulas abusivas que la propia LDCU recoge en sus artículos 80 y siguientes³.

Entre todas esas cláusulas consideradas abusivas, podemos destacar las que hacen referencia a los contratos bancarios en particular, y que podrían afectar a un préstamo hipotecario, como son las contempladas para servicios financieros (art. 85.3); las que establecen garantías desproporcionadas (párrafo art. 88), o las de falta de reciprocidad entre las obligaciones de los contratantes (art. 87), y muchas de las contenidas en el artículo 89 sobre la ejecución y perfeccionamiento del contrato.

En resumen, el contrato de préstamo hipotecario queda sometido a la legislación de protección de los consumidores, y por tanto, es menester prestar una especial atención a la defensa de aquellos, tanto en el tema de cláusulas abusivas, como en los medios de defensa procesal de los que disponen para defender sus derechos, tal y como señala la STJUE y ha recogido la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

II. STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013: HECHOS Y DOCTRINA

Partiendo de estas premisas, y considerando que el préstamo garantizado con hipoteca es un préstamo realizado por un consumidor, y por tanto sometido a la legislación europea y nacional al respecto, surge el supuesto que va a dar lugar a la famosa e importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de marzo de 2013; el caso Aziz⁴.

Los hechos que dan lugar a esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son los siguientes:

Entablado un procedimiento de ejecución hipotecaria por Catalunyaacaixa contra el señor Aziz por impago del préstamo garantizado con hipoteca, nueve días antes de la fecha señalada para el lanzamiento del señor Aziz de su vivienda, se interpone demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, solicitando que se anulara una determinada cláusula del contrato de préstamo hipotecario por considerarla abusiva, y que, en consecuencia, se declarara nulo el procedimiento ejecutivo correspondiente.

Es decir, ante el inminente lanzamiento ordenado en el correspondiente ejecutivo hipotecario, se solicita que se declare abusiva la cláusula 15 del contrato,

³ El TJUE ha declarado en varias ocasiones que, en los contratos con un consumidor, este se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido a la capacidad de negociación como al nivel de información, lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (SSTJUE de 27 de junio de 2000, 4 de junio de 2009, 26 de octubre de 2006, 3 de junio de 2010, 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013), todo ello reiterado y recogido por la STS de 9 de mayo de 2013. No cabe duda de que el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual entra dentro de esta consideración.

⁴ Se reproducen en este artículo parte de los argumentos que ya he analizado y desarrollado en el Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013, publicado en la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013.

relativa a la determinación unilateral por parte de la entidad financiera, del saldo de liquidación de la deuda pendiente que da origen a la ejecución hipotecaria.

La declaración de una determinada cláusula contractual como abusiva solo puede hacerlo un juez, en el correspondiente juicio declarativo, y por eso se plantea esta nueva demanda.

Presentada la demanda de nulidad de la cláusula abusiva, el juez correspondiente decide plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque tiene dudas acerca de la conformidad del Derecho español con el Derecho de la Unión, en concreto, con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores.

De este modo, plantea cuestión prejudicial para que se le aclare al respecto sobre los siguientes aspectos:

1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecidos en el artículo 695 y siguientes LEC, que establecen escasas y tasadas causas de oposición a la ejecución, no supone una limitación a la tutela del consumidor por cuanto le dificulta en el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.
2. Se requiere al Tribunal para que se pronuncie sobre la abusividad o desproporción de las siguientes cláusulas contenidas en un contrato de préstamo hipotecario:
 - a) El vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda, en contratos a largo plazo, por incumplimientos de periodos muy limitados.
 - b) El establecer unos intereses de demora elevados (el 18 por 100 en este caso), que no coinciden con los intereses moratorios en otros contratos de consumidores, siendo muy superiores a estos, y aplicándose no solo a las cantidades vencidas y no satisfechas, sino también a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.
 - c) Si la fijación unilateral de los intereses variables, y por tanto de la deuda por la que se despacha ejecución por el prestamista, está o no ajustado al Derecho de la Unión, o puede considerarse como una cláusula abusiva. Se impide, por otra parte, que el deudor en el procedimiento ejecutivo alegue como causa de oposición la posible existencia de esa cláusula abusiva que anule dicho procedimiento, teniendo que acudir a un procedimiento declarativo para que así se declare, y que no suspende la ejecución. Por lo que, aún en el caso de que se declarara abusiva alguna de las cláusulas, el ejecutivo probablemente ya habría terminado, y el deudor ya habría perdido su casa, colocándole en una posición difícil e irreversible.

En definitiva, y agrupando las cuestiones, dos son los problemas que se someten a consideración del Tribunal Europeo: 1. Si el procedimiento ejecutivo especial de bienes hipotecados y pignorados recogido en la LEC es conforme a la normativa europea. 2. Si determinadas cláusulas muy típicas en los contratos de préstamo hipotecario pueden ser declaradas abusivas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite ambas cuestiones, y se pronuncia sobre el fondo de las mismas, estableciendo una dura y contundente doctrina al respecto al interpretar el Derecho de la Unión, considerando que el ordenamiento español no se adecua al de la Unión en estos aspectos y que por

lo tanto debe ser modificado para adaptarse a la Directiva citada anteriormente, tal y como iremos analizando a continuación.

1. LA NO ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE BIENES HIPOTECADOS AL DERECHO DE LA UNIÓN

En concreto, el Tribunal Europeo señala o pone de manifiesto la falta de adecuación existente en el ordenamiento jurídico español entre el procedimiento ejecutivo y el declarativo correspondiente cuando se hubiera de contender acerca de la nulidad del título, cuantía de la deuda, vencimiento, certeza o extinción de la misma, que dio lugar a la ejecución. Esta desconexión queda patente porque el procedimiento ejecutivo sigue adelante, no se suspende, a pesar de estar pendiente todavía ese declarativo que puede declarar nulo el procedimiento ejecutivo; esto es lo que establece el artículo 698 LEC.

Ante esta situación, el Tribunal afirma en la sentencia que se comenta que «en el sistema procesal español la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conoce el proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada». Y por ello concluye que «un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria... lo que puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet)».

De este modo, como no es posible ni suspender cautelarmente el procedimiento ejecutivo cuando se iniciara un procedimiento declarativo sobre la validez del título ejecutivo⁵, ni tampoco se permite formular más causas de oposición que las estrictamente tasadas⁶, sin que se pueda alegar como causa de oposición la posible existencia de una cláusula abusiva que sea fundamento de ese título ejecutivo, ni el juez puede apreciar de oficio tales cláusulas abusivas, hay que interpretar la Directiva⁷ citada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, debiendo esta adaptarse a aquella.

Es cierto que, tal y como se regula en nuestra LEC, el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados, con causas tasadas de oposición⁸, sin posibilidad de

⁵ Véase el artículo 698 LEC.

⁶ Véase el artículo 695 LEC.

⁷ En concreto, los artículos 3, 4, 6 y 7 de la Directiva establecen qué debe entenderse por una cláusula abusiva, y los efectos que las mismas producen, pero añade el Anexo I de la Directiva una relación no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser abusivas, y entre ellas, señala: «Aquellas que tengan por objeto o efecto: g) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor; en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición...».

⁸ Véase el artículo 695 LEC: extinción de la garantía o de la obligación garantizada; error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de la cuenta entre acreedor y deudor.

suspensión de la ejecución por el inicio de un declarativo que trata de dilucidar sobre la existencia de una cláusula abusiva o de un vicio del título ejecutivo, que sigue adelante produciendo una dolorosa e irreversible situación para el deudor que pierde su vivienda, vulnera o contradice lo dispuesto en la Directiva de referencia, en concreto, en el anexo en el que se recogen las cláusulas abusivas, en el apartado q, que considera como cláusula abusiva «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor». Si el deudor casi no puede oponerse a esa ejecución, se le está privando de medios o acciones judiciales para su defensa. En ese sentido, estamos de acuerdo con la sentencia, debemos corregir y adaptar nuestra legislación al Derecho de la Unión.

Pero, aun reconociendo lo anterior —las causas de oposición son tasadas, y no hay suspensión posible del ejecutivo—, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, y sus tasadas causas de oposición; sin que esa limitación de causas de oposición puedan considerarse una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE⁹.

Y esto es así, no puede olvidarse, porque el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados es un procedimiento especial, rápido y sumario. Este procedimiento no va precedido ni siquiera de un proceso previo de cognición o un declarativo previo en el que el juez declare cuál es la deuda realmente existente por la que se despacha ejecución, y una vez iniciado, la deuda es incontestable. Ello produce la rapidez e inmediatividad, con poca oportunidad de defensa por esta causa para el deudor. Por ese especial carácter, las causas de oposición están tasadas. Sin embargo, con este procedimiento se consigue que la hipoteca sea una garantía de extraordinaria eficacia, pues permite que el acreedor cobre su deuda con seguridad y rapidez, aunque sea en última instancia, con la adjudicación final del inmueble.

Hay que ser precavidos a este respecto, porque la continua exposición a una paralización o suspensión del procedimiento ejecutivo puede volverse en contra de la efectividad de la garantía, teniendo como efecto rebote, la concesión de menos hipotecas, y la disminución del crédito territorial.

Por eso, creemos que de los defectos señalados, más que tratar de acomodar la legislación española al Derecho de la Unión, admitiendo la posibilidad de que el juez que dirime el declarativo tome como medida cautelar la suspensión del procedimiento ejecutivo, es más adecuado aumentar las causas de oposición directas del deudor ejecutado, contemplando, precisamente, lo que refiere esta sentencia, alegando como causa de oposición la existencia de una cláusula abusiva de la que depende la justificación del título, que se dirima en el mismo procedimiento.

Además, no compartimos lo subrayado por el TJUE, en el párrafo 56 y en el 58, con relación a la anotación preventiva de demanda de nulidad de la propia hipoteca. Entiende el Tribunal, para subrayar su tesis de la desconexión entre el procedimiento ejecutivo y el declarativo, que la eficacia de esta anotación preventiva prevista en el artículo 131 LH es escasa y no funciona bien ya que «existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa

⁹ STC 41/1981, de 18 de diciembre, en la que se subraya el carácter excepcional del procedimiento de ejecución hipotecaria, donde las partes no pueden debatir, y por tanto las causas de oposición están limitadas, sin que esto suponga un inconveniente, desestimando su inconstitucionalidad. Repite la misma doctrina el Auto del Pleno del TC de 19 de julio de 2011.

anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos».

La anotación preventiva a la que hace referencia el artículo 131 LH tiene como misión, precisamente, suspender el procedimiento ejecutivo hipotecario cuando se esté conteniendo sobre la nulidad de la propia hipoteca. Si esta anotación preventiva llega al Registro, tiene oponibilidad y afecta, por tanto, a terceros adquirentes que no podrán alegar desconocimiento de la misma ni la protección del 34 LH, pues, como toda anotación preventiva, limita o enerva la fe pública registral. Es decir, esa anotación debidamente practicada va a impedir que continúe el procedimiento ejecutivo, y va a impedir, en definitiva, que el adquirente de la finca ejecutada la adquiera con impunidad: su adquisición definitiva dependerá del resultado del declarativo correspondiente, que le afecta. Es decir, existe en nuestro ordenamiento un mecanismo que impide esa desconexión de procedimientos y que impide la irreversibilidad del procedimiento ejecutivo, al contrario de lo que afirma el Tribunal.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En la segunda de las cuestiones prejudiciales, se pregunta al Tribunal sobre la posibilidad de si determinadas cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario pueden ser consideradas abusivas y se solicita que se precisen los elementos constitutivos del concepto de cláusula abusiva.

En concreto, se pide opinión sobre tres cláusulas que no aparecen expresamente recogidas en el elenco de la LDCU, ni en la propia Directiva, pero que podrían considerarse como tales.

Estas cláusulas son:

- a) Vencimiento anticipado de todo el préstamo a largo plazo ante el incumplimiento parcial de una pequeña parte del préstamo.
- b) Si unos intereses de demora del 18 por 100 son abusivos.
- c) Si puede calcularse de forma unilateral por el acreedor ejecutante la deuda asegurada y pendiente.

Creemos, y en eso coincidimos con la sentencia que se analiza, que sería buena una clarificación en cuanto a qué cláusulas del préstamo hipotecario son o pueden ser abusivas, y un mayor control sobre las mismas impidiendo a los acreedores hipotecarios la inclusión de estas en los contratos de préstamo hipotecario. Porque, a pesar de estar ya reguladas en los artículos 80 y siguientes de la LDCU, y en la Directiva 93/13 analizada, la realidad es que, hoy en día, siguen incluyéndose con total reiteración muchas de esas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario de nuestro país.

De esta forma, si clarificamos qué cláusulas son abusivas en el préstamo hipotecario, podría incluirse la existencia de alguna de ellas como causa de oposición de forma más fácil y manteniendo el carácter sumario y restrictivo de este procedimiento, pues ya están tipificadas, y eso facilitaría las cosas.

El TJUE, antes de pronunciarse sobre cada una de estas cláusulas, establece los criterios generales para interpretar si una cláusula es abusiva, y estos descansan, como dice el artículo 3 de la Directiva, en comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos

y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y por otro lado, si este desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual. Si bien, estos criterios abstractos (desequilibrio contractual y buena fe) hay que ponerlos en relación con el caso y circunstancias concretas en cada supuesto (naturaleza y objeto del contrato, momento de celebración...); sin que se puedan establecer de forma general, correspondiendo al juzgador nacional analizarlos en cada caso, comparándolo con lo que su legislación establece.

Una vez dicho esto, entra a valorar cada una de las cláusulas y afirma:

- a) Con respecto a la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de larga duración por un pequeño incumplimiento, dependerá de si ese incumplimiento lo es o no de una obligación esencial en el marco de la relación contractual; si es por tanto incumplimiento grave o no en ese préstamo concreto, y si la legislación nacional prevé o no medios adecuados que permitan al consumidor paliar los efectos de ese vencimiento anticipado.
- b) Con respecto a la cláusula de los intereses de demora, se afirma, de nuevo, que el juzgador deberá analizar el caso concreto y comparar con lo previsto en la legislación nacional para otros contratos celebrados con consumidores, y además deberá comprobar el interés de demora fijado con respecto al interés legal, para que no sea abusivo.
- c) En cuanto a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, para iniciar el procedimiento ejecutivo, el TJUE no dice gran cosa, y se limita a decir que el juzgador deberá determinar si se trata de una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para poder determinar si dificulta o no al consumidor para el acceso a la justicia y al ejercicio de su derecho a la defensa.

El TSJUE indica el camino que debe seguir el juez nacional para analizar, y en su caso declarar, una cláusula como abusiva: muestra los criterios abstractos de interpretación que se deducen del Derecho de la Unión (Directiva), que deben siempre cotejarse con lo establecido en la ley nacional, y con el contrato particular que se examina. Además, señala que el anexo de cláusulas abusivas de la Directiva es solamente una lista indicativa y no exhaustiva.

¿Son entonces estas cláusulas abusivas? ¿Y otras muchas que puedan recogerse en un contrato de préstamo hipotecario? Hay que analizarlo caso por caso, con base en esos criterios interpretativos generales y sin perder de vista la legislación nacional.

Veamos que ocurre entonces en nuestro ordenamiento:

El Texto Refundido de la Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007 (LDCU), reformado, precisamente para armonizar la legislación española con la de la Unión, y después de la LCG de la contratación, establece de forma general un elenco de cláusulas abusivas, de las cuales muchas de ellas pueden predicarse o encontrarse en un contrato de préstamo hipotecario.

Entre ellas, y escogiendo entre la enumeración que de las cláusulas abusivas, en general, recoge GÓMEZ GÁLIGO¹⁰, podríamos destacar que son cláusulas abusivas propias de un préstamo hipotecario:

¹⁰ GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la ins-

- Las que supongan un desequilibrio contractual entre las partes; como por ejemplo: la modificación unilateral del contrato por la entidad bancaria; supeditación del contrato a una condición que dependa de la voluntad del profesional. En este sentido, la DGRN, en la Resolución de 7 de septiembre de 1988 considera que hay que excluir de un contrato de préstamo hipotecario, por abusiva, la cláusula que permitía a la entidad crediticia fijar la variación del interés variable conforme al interés preferencial de la propia entidad. Del mismo modo, la RDGRN de 26 de noviembre de 1990 excluía de una hipoteca, la cláusula por la que se fijaba unilateralmente por el acreedor hipotecario, las obligaciones debidas y garantizadas. Además, añadimos nosotros, las cláusulas de redondeo al alza de los intereses variables, que se ha determinado como abusiva por sentencia Audiencia Provincial en sentencia de 10 de octubre de 2002, y otras muchas que le han seguido¹¹, así como se establece en el artículo 87.5, y en consonancia con la Directiva. De igual modo, todas las relativas a las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios han generado una pluralidad de pronunciamientos jurisprudenciales dispares a los que pone fin la STS de 9 de mayo de 2013, que unifica la doctrina respecto de las mismas, afirmando que son lícitas pero pueden ser abusivas por falta de transparencia.
- Las que supongan privación de los derechos básicos del consumidor: imposición al consumidor de la renuncia al derecho a recibir la finca libre de cargas, o a elegir la entidad financiera, o al obligarle a la subrogación en la hipoteca constituida por el promotor en el edificio.
- Las que consistan en sobregarantías: la imposición al consumidor de establecer, además de la garantía hipotecaria, otras como una condición resolutoria y una letra de cambio.
- En el apartado de otras, podemos destacar: la necesidad de añadir al préstamo hipotecario un contrato de seguro de vida, o de desempleo con una compañía vinculada al acreedor hipotecario; la imposición de subrogación en el préstamo hipotecario concertado con el promotor; la imposición de un notario determinado; o arbitrajes distintos de los de consumo, etc.

A la vista de lo que acabamos de exponer, considero que, por supuesto y dependiendo del caso concreto, tanto la cláusula de vencimiento anticipado en el préstamo de larga duración, como los intereses de demora elevados, como la fijación unilateral de la deuda por el acreedor, pueden reconducirse fácilmente a la primera de las causas o criterios de cláusulas abusivas, pues todas ellas pueden suponer en el caso concreto un desequilibrio contractual importante, suponiendo en algunos casos una modificación unilateral del contrato por la parte fuerte del mismo, dejando al consumidor en situación de desventaja clara.

En este sentido, entiendo que cualquiera de ellas podría ser efectivamente una cláusula abusiva tal y como se colige de los criterios interpretativos del TJUE, y de nuestra propia legislación, adaptada al Derecho de la Unión. Por eso, considero que no sería necesario adaptar nuestra legislación, pues coincide y reproduce la Directiva europea. No obstante, sí podría ser conveniente avanzar en el control y

cripción», en AA.VV., *Los contratos bancarios*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241-276.

¹¹ SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002; SJPI de Barcelona, de 17 de octubre de 2003; SAP de Baleares 146/2003 y SAP de Barcelona 175/2005.

calificación de las cláusulas abusivas, para poder detectarlas de una forma más eficaz, sencilla y homogénea, así como en la apreciación de oficio de las mismas por parte de los Tribunales.

Es decir, en un préstamo hipotecario pueden existir otras cláusulas que sean abusivas y que, sin embargo, no se encuentren fielmente reflejadas en este elenco.

¿Cómo sabemos entonces que son abusivas? ¿Cómo se controla en nuestro ordenamiento una cláusula abusiva?

Existe un control judicial ya que, en principio, son los Tribunales los encargados de hacerlo, y de declarar cuándo una cláusula es abusiva, pero tampoco podemos olvidar que existe un importante control registral, derivado de la función calificadora de los registradores de la propiedad.

Entendemos que la aplicación de ambos controles de forma correcta puede impedir *a priori* el establecimiento de dichas cláusulas en el propio contrato, evitando incluso que luego, *a posteriori* y en un ejecutivo, puedan ser alegadas como causa de oposición.

a) *Control judicial*

Cuando una cláusula incorporada en un contrato celebrado con un consumidor es abusiva, es una cláusula nula, tal y como asegura el artículo 8 LCGC y ya hemos dicho.

El artículo 83 LDCU atribuye a los Tribunales la declaración de esa nulidad. Por lo tanto, la nulidad de una determinada cláusula abusiva, o su no incorporación a un contrato, ha de declararse siempre mediante una sentencia judicial; sentencia estimatoria obtenida del proceso declarativo consecuente de la incoación de las acciones individuales (de nulidad), o colectivas (de cesación, retractación y declarativa) (art. 9.2 LCGC), es decir, siempre a instancia de parte.

Corresponderá igualmente al juez integrar el contrato en el que se encontraba esa cláusula general, y determinar, por tanto, o bien la ineficacia total del mismo, o bien, su subsistencia y eficacia parcial del contrato sin dicha cláusula, o no aplicarla directamente, teniéndola por no puesta (art. 10 LCGC, y art. 83 LGDCU). Es importante recordar esta opción, pues no toda cláusula declarada abusiva anula el contrato entero, y además, parece que nuestra legislación no impide, *a priori*, la integración o moderación de la cláusula. Sin embargo, esta posibilidad de moderación la niega la jurisprudencia del Tribunal Europeo conforme a la legislación de la Unión¹², impidiendo la facultad de integración o moderación de la cláusula por el juez, que debe ser tenida por no puesta.

Además, el artículo 11 LCGC recoge la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En este registro se pueden inscribir las cláusulas que tengan la consideración de condiciones generales de la contratación, y asimismo,

¹² En sentido contrario, parece pronunciarse el reciente Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Arrecife, abogando porque se declare la nulidad del contrato de préstamo entero, en lugar de admitir la no aplicación de la cláusula únicamente, permaneciendo el resto del contrato. Pero la nueva Ley de Medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, modificada por los efectos de esta sentencia, señala esta doble opción para el juez que aprecie la cláusula abusiva, tal y como se establece en la nueva redacción que se da al artículo 695 LEC en dicha Ley.

las sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones individuales o colectivas en las que se solicite la nulidad de una determinada cláusula por abusiva.

Queda claro, por tanto, que el control de las cláusulas abusivas, corresponde a los jueces, y que son ellos quienes deben declarar si aquellas condiciones generales de la contratación que se ponen en entredicho por cumplir o contradecir lo dispuesto en el artículo 82 LDCU, o en los artículos 85-90 LDCU, son cláusulas abusivas o no.

b) *Control registral*

¿Pueden los registradores llevar a cabo un control sobre las cláusulas abusivas de un contrato que se presenta a inscripción en el Registro, como consecuencia de su propia función calificadora?

En principio, el artículo 258.2 LH, junto con el artículo 84 LDCU, no deja margen a esa cuestión. En estos artículos se dice claramente que «los registradores denegarán la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis LDCU (antiguo)»; luego si solo pueden denegar las cláusulas declaradas nulas, y solo los Tribunales pueden llevar a cabo tal declaración, el registrador solo puede calificar y, por tanto rechazar, aquello que previamente ha sido declarado nulo por los Tribunales. En el mismo sentido, el artículo 84 LDCU, coincide con éste, afirmando que los notarios y registradores «no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inscripción de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Por lo tanto, y al igual que el artículo 258 LH, el registrador, solo puede rechazar la inscripción de aquellas cláusulas declaradas previamente nulas por los Tribunales.

El control parece corresponder únicamente a estos, dejando sin margen de maniobra a los registradores, que solo pueden confirmar y reiterar lo que ya ha sido declarado previamente como nulo¹³.

Sin embargo, y siguiendo en este punto a GÓMEZ GÁLLIGO¹⁴ y a CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS¹⁵, entendemos que un registrador sí que podría rechazar la inscripción de cláusulas que sin haber sido declaradas abusivas y nulas por los Tribunales, coincidan con las descritas en el elenco de la LDCU. Todo ello con base en la propia función calificadora del registrador, tal y como ya pusimos de relieve en otras ocasiones¹⁶.

¹³ En este sentido, la RDGRN de 19 de abril de 2006 y 12 de febrero de 2002 donde se afirma que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales».

¹⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV., *Los contratos bancarios*, ob. cit., pág. 266.

¹⁵ CALVO GÓMEZ-VALLINAS, R., *Las cláusulas de la hipoteca*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 75-79.

¹⁶ Véase esta idea desarrollada en CALVO GONZÁLEZ VALLINAS, anteriormente citado, y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La protección al consumidor en los contratos civiles», en *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral* (RODRÍGUEZ ARANA, J., Dir.), Netbiblo, La Coruña, 2008.

Luego, el registrador, y siempre según mi opinión, sí que puede o incluso, debe, rechazar aquellas condiciones generales incluidas en un contrato de préstamo hipotecario que sean objetivamente abusivas por coincidir con algunas de las enumeradas en la lista de la LDCU, aunque no hayan sido declaradas nulas en sentencia firme, ni inscritas en el Registro de Condiciones Generales, cuando, por ser abusivas, supongan una vulneración de la buena fe objetiva y del equilibrio de las prestaciones¹⁷.

Con este especial control registral, se evita que se incorporen al contrato dichas cláusulas, y por lo tanto, también se disminuirían los supuestos de causas de oposición en un ejecutivo, pues muchas de las posibles cláusulas abusivas ya no estarían.

No obstante, sigue sin darse solución a qué ocurre si en el contrato de préstamo hipotecario nos encontramos ante una cláusula que no encaja exactamente en el elenco expreso de la Ley, la denominada «lista negra». El registrador no puede rechazarlas, y solo corresponde al juez declararlas abusivas. Además, el juez debe hacerlo caso por caso, conforme a criterios legales generales, contemplando las circunstancias del caso concreto.

En este sentido, sí que sería bueno que se optara por tratar de dar una mayor claridad y concreción o definición a las cláusulas abusivas, y que, aunque deba hacerse en el caso concreto, como sugiere el TJUE, se establecieran unos criterios homogéneos, para que todos los jueces y demás implicados en el control de las cláusulas abusivas, se pronunciara en un sentido más o menos parecido ante distintas cláusulas similares. Considero que en esto sí debe avanzar o adaptarse nuestra legislación para cumplir lo señalado por el Tribunal Europeo.

Una buena definición de las cláusulas abusivas y un control efectivo de las mismas, primero, impediría tener que llegar a alegarlas como causa de oposición en el ejecutivo después; pues, en teoría, al detectarlas tendrían que desaparecer del contrato, o incluso declararse todo el contrato nulo; pero, si no fuera así, facilitaría mucho la apreciación de la misma, cuando se incluyan como nueva causa de oposición a la ejecución, tal y como sugiere el TJUE y, luego veremos, que acata el legislador.

III. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA STJUE

Debemos adaptar nuestra legislación a los aspectos señalados por esta sentencia en los que el Derecho de la Unión se aparta del nacional: Acompasar el procedimiento ejecutivo y el declarativo admitiendo: a) más causas de oposición en el ejecutivo, admitiendo como tal la posible existencia de una cláusula abusiva; b) la suspensión del ejecutivo mientras se dilucida si una cláusula es

¹⁷ En el mismo sentido se pronuncia GÓMEZ GÁLLIGO, al decir que discrepa totalmente en que «no puedan calificarse por el registrador, y el notario denegar su inscripción, aunque no haya declaración judicial alguna, en el caso de que el predponente inserte condiciones generales claramente encuadrables en la lista negra de la Disposición Adicional primera de la LDCU». Véase: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV., *Los contratos bancarios*, ob. cit., pág. 268. Igualmente comparte la misma opinión José Manuel GARCÍA GARCÍA: GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III, Madrid, 2002, pág. 458 y sigs.

o no abusiva; c) la apreciación de oficio por el juez de la existencia de una cláusula abusiva.

¿Qué están haciendo los tribunales a partir de esta sentencia?

Ya han sido varias las sentencias y Autos de los tribunales menores que recogen la sentencia del TJUE, y la aplican, suspendiendo o paralizando los procedimientos ejecutivos ante la posible existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario.

En este sentido, encontramos la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, número 3 de Arrecife, de 8 de abril de 2013, que suspende el procedimiento ejecutivo ante la existencia de una cláusula abusiva de intereses moratorios, que al final declara nula, y con ella todo el préstamo, la garantía y el procedimiento.

Recoge esta sentencia la reciente doctrina de la STS de 22 de febrero de 2013 que, a su vez, repite la de las SSTS de 5 de julio de 1982, 7 de mayo de 2002, 31 de enero de 2008 y 18 de junio de 2012. En estas sentencias se aboga por la nulidad de la garantía hipotecaria, cuando el préstamo que garantiza es declarado nulo, por razones de su accesoriedad. Y considera que el préstamo es nulo en su totalidad cuando contiene una cláusula abusiva por ser usuraria (19 por 100 interés de demora), ya que: «En los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario. Por todo lo expuesto, entendiendo que el tipo fijado para los intereses moratorios del préstamo hipotecario que dio origen al presente procedimiento del 19 por 100 es abusivo y usurario, y en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial expuesta en los dos primeros fundamentos jurídicos de esta resolución, debo decretar y decreto la nulidad del referido préstamo, así como de la hipoteca que lo garantiza y, en consecuencia, debo decretar la nulidad del presente procedimiento hipotecario, y de todas las actuaciones practicadas en el mismo».

La nulidad de todo el procedimiento ejecutivo deriva, como dice la sentencia, de la nulidad de la hipoteca (título ejecutivo), y esta, de la nulidad del préstamo como afirma la doctrina de las sentencias citadas; es decir, la nulidad del préstamo conlleva la de la hipoteca ya que «no se ve como pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriedad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción. Cuya doctrina ha sido reiterada por la sentencia de 7 de mayo de 2002, que confirma las sentencias de instancia que habían declarado que la nulidad del préstamo lleva consigo la de la garantía hipotecaria».

Esta sentencia, desde mi punto de vista, es excesiva en sus conclusiones, pues declara nulo todo el contrato de préstamo hipotecario por entenderlo usurario, sin ni siquiera plantearse la posibilidad de integrar el mismo moderando la cláusula (aunque esto es contrario al Derecho de la Unión), o eliminar esa cláusula abusiva por usuraria, permaneciendo válido el resto, que sería la opción más adecuada. Menos mal que el legislador ha planteado, como luego analizamos,

la posibilidad de tener por no puesta la cláusula o anular el contrato, según la cláusula abusiva afecte a la integridad del mismo o no. Y en el mismo sentido parecen manifestarse la mayoría de los jueces, tal y como luego explicaremos, tras las conclusiones de la Jornada celebrada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que han intervenido representantes de la judicatura.

Además de este Auto, en el ínterin entre la publicación de la STJUE y la nueva Ley de medidas de refuerzo de la protección de deudores hipotecarios, han existido otras muchas resoluciones que aplican la doctrina de dicha sentencia. Entre otras, señalamos el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 13 de Madrid, de 15 de marzo de 2013, que determina la paralización de la ejecución hipotecaria seguida en el Juzgado número 4 de Alicante, por entender que existe una posible cláusula abusiva, en concreto la cláusula multidivisa que se considera parcialmente nula por el Tribunal, y por lo tanto, al amparo de la sentencia europea, se suspende la ejecución hipotecaria como medida cautelar. Se considera que la existencia de esta cláusula puede considerarse abusiva por implicar riesgos financieros superiores a los de un préstamo hipotecario, de los que se desconoce si se informó previamente al deudor que es un consumidor. De igual forma, este auto recoge la doctrina de la STJUE de la necesidad de coordinar el procedimiento ejecutivo con el declarativo que juzga la nulidad de la cláusula, pudiendo establecer como medida cautelar la suspensión del mismo, cuando, como en este caso existe riesgo de mora procesal, ya que de lo contrario, de no suspenderse la ejecución, podría conducir a la situación irreversible de que los bienes hipotecados se encontraran ya en manos de terceros adquirentes, resolviéndose todo por una indemnización *a posteriori*, con el perjuicio abundado de que el bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor.

En parecidos términos se manifiesta el Auto de 21 de marzo del Tribunal de 1.ª Instancia, número 3 de Arrecife, que entiende que en el procedimiento ejecutivo no se ha podido formular oposición por parte del deudor-consumidor, contravieniendo lo dispuesto en el Derecho Europeo y en la STJUE de referencia, declarando la suspensión de la ejecución despachada hasta que las pretensiones del ejecutante se hagan valer en el correspondiente juicio ordinario, donde el ejecutado podrá alegar las causas de oposición que tenga por conveniente.

Es relevante, también, el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2013, que establece como medida cautelar la suspensión del procedimiento ejecutivo por parte del juez ante el que se presenta la demanda de ejecución hipotecaria, ante la existencia de una cláusula-suelo, en la que se establece un tipo mínimo de interés nominal del 3,50 por 100, por considerarla abusiva y contradecir la doctrina de la STJUE y el Derecho de la Unión. Este Auto es muy claro en sus manifestaciones y en el mismo se admite a trámite la demanda, y se considera que para dar cumplimiento a los principios de efectividad y utilidad del Derecho Comunitario, antes de despachar la subasta, debe analizarse previa audiencia de las partes si la cláusula que se señala es abusiva o no, conforme al resto del contrato y circunstancias; de forma que, si se considera que dicha cláusula se ajusta a derecho, la ejecución continuará adelante, y si se considera que no lo es, se determinará la suspensión cautelar y provisional del proceso hipotecario. Es importante porque, a pesar de lo que dice el propio Auto de que con esta medida no se establece un cauce procesal nuevo e inexistente en nuestro ordenamiento, sino que solo se pretende «adecuar de manera armónica y ponderada el Derecho Comunitario a la normativa especial hipotecaria», sí es cierto que se está dando cauce a una medida cautelar previa de suspensión de la

ejecución que no está prevista en nuestro ordenamiento, por lo que la adecuación del Derecho europeo al procedimiento de ejecución en este punto es relevante e innovador, pues se admite esa suspensión cautelar.

Como vemos, en el periodo transitorio entre la STJUE y la aprobación de la Ley 1/2013, que trata de adaptar nuestra legislación al Derecho Comunitario, existen diferentes pronunciamientos judiciales, acogidos todos ellos a la sentencia citada, pero con interpretaciones diferentes, o dispares, abogando unos por la abusividad de determinadas cláusulas que otros pueden no considerar así, dando distinto alcance a la ineficacia de una cláusula ya considerada abusiva, o abogando por la apreciación de oficio de dichas cláusulas abusivas y sus consecuencias casi inmediatas pero de distintas formas: la suspensión también directa del ejecutivo por el propio juez que interviene en el mismo, o la adopción de la suspensión del procedimiento ejecutivo, como medida cautelar, por el juez que dirime el declarativo correspondiente para apreciar una cláusula abusiva. En definitiva, se produce una inseguridad jurídica a la que debe ponerse fin, bien sea a través de la armonización de la legislación española o del establecimiento de ciertos criterios jurisprudenciales comunes ante situaciones parecidas.

Se pone de manifiesto la necesidad rápida, por una parte, de concretar más acerca de qué cláusulas son abusivas y qué modificaciones se van a introducir en el procedimiento ejecutivo especial (lo hará legislador en la Ley 1/2013), y por otra parte que se fijen criterios por parte del poder judicial en torno a la apreciación de estas cláusulas abusivas, en dos aspectos fundamentales: 1. De carácter formal o procedimental, en cuanto si el juez debe o no apreciar de oficio la existencia de esas cláusulas abusivas, cuestión ahora no prevista ni permitida por nuestro ordenamiento, y 2. En el ámbito material sobre otras dos cuestiones: a) qué cláusulas deben considerarse abusivas en un préstamo hipotecario, y b) el alcance que debe tener la ineficacia de una cláusula declarada abusiva: ¿afecta a todo el contrato de préstamo hipotecario, y por tanto es nula la ejecución? ¿Debe tenerse, simplemente, por no puesta? ¿Debe integrarse el contrato o admitir moderación de la cláusula abusiva por parte del juez?

A estas cuestiones e interrogantes ya ha respondido el Consejo General del Poder Judicial, en las conclusiones que ha hecho públicas, tras la celebración de la «Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio».

Dicha Jornada ha sido organizada por el Consejo General del Poder Judicial, y a la misma han asistido todos los magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, así como magistrados de Juzgados y Audiencias Provinciales de toda España, con el fin de clarificar dichos aspectos. En esta Jornada se ha pretendido contribuir a la formación de criterios jurídicos sobre dicha materia, simplemente orientativos, en absoluto de carácter vinculante, y sin afectar a la independencia de cada juez; sin embargo, consideramos muy valiosos dichos criterios y conclusiones porque, de adoptarse por la generalidad de los jueces, se evitarán muchos supuestos de arbitrariedad y de inseguridad jurídica, desde luego en el periodo transitorio hasta la aprobación de la nueva Ley, pero también después.

Destacamos las siguientes conclusiones o criterios interpretativos que ofrece el poder judicial:

1. Con respecto a la cuestión formal o procedimental planteada, se acuerda que «el juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir

una solución acorde al Derecho europeo y a la interpretación que del mismo hace el TJUE».

Por lo tanto, se clarifica una cuestión que hasta ahora no era posible en nuestro ordenamiento, pues, solo a instancia de parte, un juez entra a valorar sobre si una determinada cláusula es o no abusiva, lo que supone una agilización en la propia defensa del consumidor, al sugerirse que sea el juez quien lo aprecie. Esta recomendación implica un cambio legislativo que habrá de producirse, que afectará tanto al proceso de ejecución como al monitorio (este cambio ya se ha producido con la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo).

Este control de oficio en el juicio ejecutivo, siempre según los jueces, deberá realizarse en la fase de admisión de la demanda, según establece el nuevo 552 LEC (redacción Ley 1/2013). En estos casos, el juez cuando advierta la existencia de una cláusula abusiva deberá ponerlo en conocimiento de las partes, darles audiencia para que formulen alegaciones, sin abrir incidente, y si aprecia el carácter abusivo de esa cláusula, como decimos luego, optará por denegar la ejecución, o despacharla sin aplicación de esas cláusulas abusivas.

2. En segundo lugar y con respecto a las cuestiones materiales, en la Jornada se aprueban las siguientes conclusiones:

- a) Para determinar cuándo una cláusula es abusiva, y al igual que plantea la STJUE, deberá atenderse, además de a la naturaleza y al objeto del contrato, a las circunstancias del momento de la contratación, al resto de cláusulas y a las normas de derecho interno, en particular a la nueva Ley 1/2013.

Y en concreto con respecto a tres cláusulas frecuentes en dichos contratos de préstamo hipotecario, determina lo siguiente:

- En cuanto a las cláusulas que fijan los intereses moratorios, habrá que comparar el que se haya establecido con los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular el que se contempla en el nuevo artículo 114 LH (redacción Ley 1/2013), que establece como tope máximo de los mismos tres veces el interés legal de los mismos.
- En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, subrayan que las mismas, en abstracto, no son abusivas, ni determinan, por tanto su nulidad, sino que deben valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, «aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC, según la nueva redacción de la Ley 1/2013, no se apreciará el carácter abusivo».
- Con respecto a las cláusulas de los intereses remuneratorios, afirman que dichas cláusulas, con carácter general, forman parte del precio y por tanto, no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse los jueces al control de transparencia. Este criterio ha sido desarrollado extensamente por la reciente y bien fundamentada sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, STS de 9 de mayo de 2013, en concreto, y sobre el carácter abusivo de las cláusulas suelo, con respecto a los intereses remuneratorios, el Tribunal Supremo ha afirmado que dichas cláusulas,

contenidas en un préstamo hipotecario sí pueden considerarse como condiciones generales de la contratación, sí que forman parte del objeto principal, del precio, no cabe entonces control judicial de abusividad, pero sí si faltara la transparencia en las mismas. Y entiende el TS en esta sentencia que las cláusulas que se impugnan adolecen de falta de transparencia en cuanto no ofrecen una información clara al deudor-consumidor, y por lo tanto, y aun siendo lícitas, deben considerarse abusivas, y se declara su nulidad, y deben tenerse por no puestas, suprimirse del contrato, abogando por la validez del resto.

- b) Por último, sobre el alcance de la ineficacia de una cláusula abusiva, y los efectos de su declaración de nulidad, entienden, con carácter general, que el juez no puede integrar ni moderar dicha cláusula en el contrato, sino que debe limitarse a tenerla por no puesta, no puede aplicar dicha cláusula, y según la naturaleza del contrato y las circunstancias, al inaplicar la cláusula, el juez deberá optar por continuar la ejecución sin la misma, o no despachar la ejecución pues esa cláusula formaba parte del objeto principal del contrato, título que origina dicha ejecución. Además, y en concreto, fijan las consecuencias de la ineficacia de la cláusula abusiva respecto de dos de ellas:

- Respecto de la cláusula de intereses de demora, afirman que «la nulidad comportará la exclusión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (art. 1108), o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria» (interés del nuevo 114, que como veremos a continuación, es superar tres veces el interés legal).
- Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, manifiestan que «la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (art. 1124 y 1129 CC) sin que proceda despachar ejecución». Entendemos que no procederá despachar ejecución por ese incumplimiento que supone el vencimiento anticipado de todo el préstamo hasta que el juez haya apreciado el mismo como relevante, lo que supone la frustración del contrato, a semejanza de lo exigido en la resolución.

IV. NUEVA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A DEUDORES HIPOTECARIOS

Como vemos, es necesario y urgente que se adopte un cambio legislativo que recoja los pronunciamientos de la STJUE y ponga fin a la inseguridad y vaivenes jurídicos que se están produciendo en los distintos tribunales menores en este periodo transitorio.

En el momento de cerrar este trabajo se acaba de publicar la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deudas y alquiler social, que recoge los cambios

legislativos necesarios para acatar y obedecer esta sentencia, adaptando nuestra legislación a las exigencias de la normativa europea.

En esta Ley, además de otras modificaciones tendentes a evitar los desahucios y las situaciones precarias de los deudores hipotecarios, el legislador, para dar cumplimiento a lo establecido en la STJUE, ha decidido introducir varias modificaciones tanto en la Ley Hipotecaria como en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación a las cuestiones planteadas en la STJUE de 14 de marzo —algunas de ellas ya se han puesto de relieve al comentar los criterios y las conclusiones emitidas por el poder judicial—, y son estas las que vamos a analizar. Eso no quiere decir que el resto de las medidas adoptadas en esta Ley 1/2013 carezcan de interés, todo lo contrario; pero, se refieren a cuestiones que solo de forma coyuntural —crisis económica— tienen relación con las peticiones hechas en la cuestión prejudicial al Tribunal Europeo, sobre las que ha dictado la sentencia.

De este modo, y como reformas más importantes de esta Ley y en el ámbito señalado, debemos mencionar las siguientes:

1. Se incluye, como nueva causa de oposición a la ejecución, la existencia de una cláusula abusiva dentro del título ejecutivo, tanto para la ejecución de bienes muebles (se introduce un apartado 7.º en el art. 557 LEC¹⁸), como para la ejecución especial de bienes hipotecados o pignorados, donde se aumentan las causas tasadas de oposición del artículo 695 LEC, admitiendo como tal la cláusula abusiva¹⁹.

¹⁸ La Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios prevé la modificación de la LEC en este aspecto:

«Dos. Se añade una causa 7.ª al apartado 1 del artículo 557 que queda redactado del siguiente modo:

“7.ª Que el título contenga cláusulas abusivas”».

¹⁹ La Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios prevé la modificación de la LEC en este aspecto:

Catorce. El artículo 695 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 695. Oposición a la ejecución:

1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipote-

De igual forma, en el procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca se va a permitir apreciar las cláusulas abusivas por el propio notario²⁰.

2. Además, se admite la apreciación de oficio por parte del juez de la existencia o no de una cláusula abusiva. En este sentido, el nuevo párrafo del apartado primero del artículo 552 LEC, así lo confirma, al manifestar que cuando el juez apreciare que «alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo pudiera ser abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes, y oídas estas acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes conforme a lo previsto en el artículo 561.13.^a LEC».
3. Por otra parte, y con respecto al alcance de la ineficacia de la cláusula abusiva, conforme a la nueva redacción del artículo 561 LEC, el juez, una vez apreciada dicha cláusula abusiva, tiene la facultad de decidir si sigue adelante con la ejecución ahora bien calculada, sin aplicar las cláusulas abusivas; o bien, declarar la improcedencia de la ejecución total, al considerar que dicha cláusula abusiva nula, afecta a la totalidad del título²¹. De igual forma, se añade al artículo 695 LEC, para la ejecución especial de bienes hipotecados, en su párrafo tercero, la posibilidad para el juez de, si estima la cláusula abusiva, acordar el sobreseimiento de la ejecución, cuando la cláusula fundamente la misma, o continuar aquella en caso contrario con la inaplicación de dicha cláusula²².

Es digno de elogio que el legislador haya admitido la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas por parte del juez, así como la posibilidad de continuar la ejecución sin aplicar las cláusulas cuando ello fuera posible,

ca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

- 4.^a El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.
2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior; el secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.
3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1.^a y 3.^a del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.^a fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución.

De estimarse la causa 4.^a se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten».

²⁰ Se da una nueva redacción al artículo 129 LH, y en su apartado f) se permite al notario apreciar tal cláusula abusiva.

²¹ En la nueva Ley se prevé la modificación del artículo 561 LEC, que queda redactado del siguiente modo:

«3.^a Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter; decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas».

²² Véase la nota 19, que recoge el nuevo artículo 695 LEC.

en vez de abogar por una nulidad total del título ejecutivo y con ella del procedimiento de ejecución, como ha puesto de relieve alguna desafortunada resolución judicial ya comentada.

4. Por último, la Ley da criterios objetivos para saber cuándo estamos ante una cláusula abusiva en dos supuestos: las cláusulas de vencimiento anticipado, y las cláusulas de intereses de demora.

En cuanto a las primeras, la Ley afirma en la nueva redacción que debe darse al artículo 693 LEC, que solo se pueda iniciar la ejecución hipotecaria ante un impago de las cuotas de tres meses, tratando de minorar así el vencimiento anticipado existente en la actualidad por una sola cuota impagada, y estableciendo, a nuestro entender, restricciones en cuanto a la posibilidad de establecer vencimientos anticipados por incumplimientos menores, lo que sería abusivo por contradecir la norma²³.

Con respecto a los intereses moratorios, se prevé que estos no puedan superar tres veces el interés legal del dinero, y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago, poniendo cota a los abusivos intereses de demora, tal y como se establece en la nueva redacción que se da al artículo 114 LH, para los préstamos o créditos destinados a adquirir la vivienda habitual²⁴. Cualquier préstamo o crédito hipotecario de vivienda habitual que supere esos límites puede ser considerado abusivo a partir de ahora. Estamos de acuerdo con estos cambios legislativos, favorecen al deudor, ahora tiene más medios procesales de defensa (nuevas causas de oposición), cumpliendo así lo preceptuado por la Directiva, se mejora

²³ El artículo 693 LEC queda redactado del siguiente modo, según la nueva Ley:

«Artículo 693. Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos:

1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.
2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución...».

²⁴ Se ha modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, el artículo 114 LH, donde se establece esta previsión de que los intereses moratorios no pueden superar tres veces el interés legal del dinero.

En concreto, el nuevo artículo 114 LH queda del siguiente modo, añadiéndose al mismo un nuevo párrafo tercero:

«Los intereses de demora de préstamos o créditos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) LEC».

en el control judicial de las cláusulas abusivas al determinarse nuevos criterios objetivos (para el vencimiento anticipado, y para los intereses de demora) y en la apreciación de oficio por parte del juez del ejecutivo de estas cláusulas, y además se clarifica el alcance de la ineficacia de una cláusula abusiva, a la que habrá que tener por no puesta.

Son medidas, además de necesarias, adecuadas, dan soluciones y mejoran la posición del deudor. A lo mejor, habría sido bueno también fomentar el papel del control registral e incluso notarial de las cláusulas abusivas, pero, en términos generales, los cambios previstos son buenos —podían ser más completos²⁵—, y consiguen adecuar la legislación española a la europea y dan, por tanto, cumplimiento a la sentencia.

V. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal de Justicia europeo, que tanta expectativa ha levantado, obliga a ciertas mejoras en nuestro procedimiento ejecutivo, y en general en la defensa del deudor hipotecario.

De este modo, se adecúa el procedimiento de ejecución hipotecaria, se mejora el control de las cláusulas abusivas, estas se admiten como causas de oposición al ejecutivo, se permite la apreciación de oficio de las mismas por el juez, se dan criterios más razonables y objetivos para detectarlas, y todo ello conduce a conseguir que se concedan un mayor número de préstamos sin cláusulas abusivas, protegiendo, de este modo, más al consumidor, en una relación más equilibrada con el prestamista.

Esta es la gran consecuencia de esta sentencia: mejora de la protección del deudor, persona física, propietario de su vivienda habitual, en el procedimiento ejecutivo de bienes hipotecados y en la contratación del préstamo hipotecario. Protección, a todas luces, necesaria pero, sin duda, a veces insuficiente, para el grave problema social que existe hoy en España derivado de la crisis económica que sufrimos.

Y esto es así porque las consecuencias de esta sentencia ni alcanzan ni influyen en el preocupante tema de los desahucios, ya que, aunque se consiga suspender el procedimiento, o paralizarlo hasta que se decida sobre la nulidad de la cláusula impugnada, si esta no fuera declarada nula, o se tuviera por no puesta, podría seguir adelante el ejecutivo con el correspondiente lanzamiento y pérdida de la vivienda del deudor. Es decir, no supone la sentencia comentada el fin a los desahucios, o el fin a la ejecución hipotecaria española, como hemos escuchado reiteradamente en diversos medios, pero sí mejora las posibilidades de defensa del deudor ejecutado, como consumidor.

Nuestro sistema hipotecario, nuestro procedimiento de ejecución especial, que convierte a la hipoteca en un instrumento esencial del crédito territorial, se ha modificado, pero no ha muerto, sino que sigue vigente, y reforzado.

²⁵ Véase, en este sentido, lo propuesto por ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, abril de 2013.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUNÉN, M. J.: «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, abril de 2013.
- BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Un futuro de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas, I y II», en *Diario La Ley*, núm. 8081, 13 de mayo de 2013, págs. 1-14.
- CALVO GÓMEZ-VALLINAS, R.: *Las cláusulas de la hipoteca*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- CONCLUSIONES DEL CGPJ en la *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución. Especial referencia al régimen transitorio*.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo III, Madrid, 2002.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en AA.VV.: *Los contratos bancarios*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, págs. 241-276.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La protección al consumidor en los contratos civiles», en *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral* (RODRÍGUEZ ARANA, J., dir.), Netbiblo, La Coruña, 2008.
- REYES LÓPEZ, M. J.: *Derecho de consumo, la protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento, de obra y financiación: comentarios y jurisprudencia*, Editora General de Derecho, D. L., 1993.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LDCU», en *RDBB*, enero-marzo de 1991, núm. 41, pág. 222.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11», en *Diario La Ley*, núm. 8081, 2013, págs. 1-6.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 27 de junio de 2000.
- STJUE de 26 de octubre de 2006.
- STJUE de 13 de marzo de 2007.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 3 de junio de 2010.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 14 de julio de 2012.
- STJUE de 21 de febrero de 2013.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 41/1981, de 18 de diciembre.
- Auto del Pleno del TC de 19 de julio de 2011.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 5 de julio de 1982.
- STS de 7 de mayo de 2002.
- STS de 7 de mayo de 2002.
- STS de 31 de enero de 2008.
- STS de 18 de junio de 2012.
- STS de 22 de febrero de 2013.
- STS de 9 de mayo de 2013.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Baleares 146/2003.
- SAP de Barcelona 175/2005.
- SAP de Valencia, de 17 de octubre de 1990.
- SAP de Valencia, de 19 de octubre de 2002.
- SAP de 10 de octubre de 2002.
- Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, de 10 de abril de 2013.

TRIBUNAL PRIMERA INSTANCIA

- SJPI de Barcelona, de 17 de octubre de 2003.
- STPI, número 3 de Arrecife, de 8 de abril de 2013.
- ATPI, número 13 de Madrid, de 15 de marzo de 2013.
- ATPI, número 3 de Arrecife, de 21 de marzo de 2013.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 26 de noviembre de 1990.
- RDGRN de 12 de febrero de 2002.
- RDGRN de 19 de abril de 2006.

RESUMEN

*HIPOTECA
CLÁUSULAS ABUSIVAS
ACCIÓN REAL HIPOTECARIA*

En este artículo se tratan de poner de relieve las implicaciones que la reciente STJUE de 14 de marzo de 2013 ha supuesto para nuestro ordenamiento. Se analiza la sentencia y los cambios legislativos que deben hacerse a raíz de la misma. De igual forma se presta especial atención a la jurisprudencia nacional posterior a esta sentencia del

ABSTRACT

*MORTGAGE
ABUSIVE CLAUSES
MORTGAGE-BASED IN-REM ACTION*

The European Court of Justice's recent judgment of 14 March 2013 has serious implications for Spanish law. The judgment and the legislative changes that must be made because of it are examined. Special attention is paid to Spanish case-law after the judgment, which applies the new doctrine, as there is a clear need to harmonise

Tribunal Europeo, que aplica la nueva doctrina establecida, y se pone de manifiesto la necesidad de armonizar los criterios jurisprudenciales interpretativos de aquella. Se recogen, para ello, las conclusiones de la Jornada de estudio del Consejo General del Poder Judicial al respecto. Por último, se contemplan los cambios legislativos ya aprobados y en vigor, introducidos por la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas de refuerzo a la protección de los deudores hipotecarios. Todo ello se analiza desde una perspectiva crítica y constructiva.

jurisprudence-based criteria of interpretation. The Spanish National Council of the Judiciary held a workshop to study the judgment; its conclusions are given here. Lastly, the legislative changes already passed and now in force are reviewed. These changes were introduced only recently, in Act 1/2013 of 14 May on measures to reinforce the protection of mortgage borrowers. A critical, constructive perspective is taken throughout the article.

1.6. Responsabilidad Civil

ACOSO U HOSTIGAMIENTO INMOBILIARIO Y RESPONSABILIDAD CIVIL: CONSECUENCIAS DE LA NUEVA TIPIFICACIÓN PENAL PROPIA Y LA ACTUAL PREVISIÓN DE DELITOS O FALTAS CONTRA LAS PERSONAS O EL PATRIMONIO

por

ARACELI DONADO VARA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (UNED)

SUMARIO: I. FAMILIA Y DOMICILIO E INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR: LA PERTURBACIÓN DE LA PAZ SOCIAL EN EL HOGAR Y EN LAS RELACIONES VECINALES: 1. PLANTEAMIENTO: EL ARTÍCULO 18 *VERSUS* EL ARTÍCULO 47 DE LA CE: DE DERECHO A PRINCIPIO. 2. EL FENÓMENO DEL *BLOCKBUSTING* EN LOS ESTADOS UNIDOS: PRÁCTICAS ILEGALES INMOBILIARIAS Y MOVIMIENTOS DE POBLACIÓN.—II. DE LAS CONDUCTAS CALIFICADAS COMO COACCIONES O ATENTADOS A LA INTEGRIDAD MORAL A LA TIPIFICACIÓN EXPRESA DEL «ACOSO INMOBILIARIO» EN NUESTRO CÓDIGO PENAL: 1. *La inicial tipificación y la responsabilidad aparejada a la comisión del delito o falta: el asunto Casa Tangora de Getxo (Vizcaya)*. 2. *Otros supuestos relevantes: AAP de Madrid, de 11 de octubre de 2012*.—III. REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE JUZGADOS Y APELACIÓN EN AP.—IV. REFLEXIONES FINALES: EL HOGAR Y EL DOMICILIO BASE DE LA FAMILIA Y DE SU INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

I. FAMILIA Y DOMICILIO E INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR: LA PERTURBACIÓN DE LA PAZ SOCIAL EN EL HOGAR Y EN LAS RELACIONES VECINALES

1. PLANTEAMIENTO: EL ARTÍCULO 18 *VERSUS* EL ARTÍCULO 47 DE LA CE: DE DERECHO A PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

Es por todos conocido y reconocido que toda persona o familia necesita de un hogar en el que desenvolverse de un modo pacífico y tranquilo y que dicho ámbito sea imperturbable, arbitrariamente, por terceros. En este trabajo analizaremos distintos supuestos de hecho y, en particular, diversas conductas así como las consecuencias jurídicas aparejadas a su comisión u omisión. En particular, tanto el legislador como los tribunales han intervenido sobre este tipo de actuaciones perturbadoras, porque con ellas se atenta, interfiere y provoca el descontento, temor y sufrimiento, en muchas ocasiones, en el resto de vecinos e inquilinos. Estas actuaciones perjudiciales suelen proceder, generalmente, bien de los propios arrendadores cuanto de otros vecinos, con la finalidad de que los sujetos pasivos de esas conductas abandonen, en contra de su voluntad, la vivienda en la que residían legal y legítimamente. Se doblega la libre decisión de los perjudicados inicialmente poco predispuestos al cambio domiciliario: pensemos en el inquilino (pongamos de edad avanzada) de renta antigua, poco cuantiosa y residente en

un inmueble en el casco histórico de cualquiera de nuestras ciudades, villas o pueblos. En su hogar, el individuo desarrolla su vida personal y familiar; por lo que es en definitiva, la esfera reservada a su intimidad, situación esta, como es sabido, protegida constitucionalmente.

Esta tutela está expresamente contemplada en el artículo 18¹ de la Constitución Española (en adelante, CE) donde se recoge el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio², garantizando su protección jurisdiccional. Una protección especial que se otorgará por los Tribunales de Justicia a través de un procedimiento preferente y sumario, y que podrá desembocar, finalmente, en su caso, en el Tribunal Constitucional mediante la presentación de un recurso de amparo, como estipula el artículo 53.2³ de la CE.

Sin embargo, el derecho a disfrutar de una vivienda digna está consagrado en el artículo 47⁴ de la CE, siendo uno de los «Principios rectores de la política

¹ El artículo 18 de la CE dispone: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las telecomunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

² En este caso, el domicilio regulado en el artículo 18 de la CE se identifica, según mi maestro, el profesor LASARTE, con la vivienda en la que ya sea habitual o pasajeramente reside alguien, para garantizar que salvo con una autorización judicial o el consentimiento del interesado, nadie podrá entrar en ella, salvo en caso de flagrante delito (art. 569 LEC). En el Código Civil, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, donde ejercitan sus derechos y cumplen sus obligaciones (vid. art. 40 CC). De todas formas, no nos olvidamos de las distintas clases de domicilio que existen: el domicilio real o voluntario; los domicilios legales; el domicilio electivo y el domicilio de los litigantes en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Para una mayor explicación sobre estos conceptos, vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Marcial Pons, 2011, 17.^a ed., pág. 266 y sigs. Sobre la vivienda y el domicilio, pueden consultarse, entre otras importantes obras, las siguientes: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid, 2005, y RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.

³ Artículo 53 de la CE señala: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

⁴ Artículo 47 de la CE: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Traemos

social y económica» (Capítulo Tercero del Título I de la CE), por lo tanto, no se trata de un derecho fundamental, de ahí que algunos autores se planteen su actualización conceptual, como augura PONCE SOLÉ⁵.

La paz vecinal se podrá, por lo tanto, ver interrumpida, alterada o perturbada de distintas maneras⁶ y perfiles; una de ellas será lo que, en la actualidad, se conoce como «acoso inmobiliario». Se trata de una forma más de agresión

aquí a colación el debate que se originó con la promulgación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, y del desarrollo del artículo 25 del Estatuto de Andalucía, que como dice en el Preámbulo de esta Ley andaluza, «concreta el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de “promover las condiciones necesarias” para la efectividad del derecho a la vivienda, a la vez que potencia su contenido prestacional y lo liga con el principio de igualdad en el acceso a la vivienda». Esta polémica suscitada con esta norma, que se originó entre las fuerzas públicas, sobre la elevación del principio a derecho, nos la recuerda MORETÓN SANZ, «Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas», en *RCDI*, núm. 722, pág. 2959.

⁵ En este sentido sostiene: «La recurrente discusión dogmática sobre si el artículo 47 CE consagra o no un auténtico derecho —resuelta doctrinalmente en España mediante el uso del paradigma dominante de considerarlo un simple principio— está necesitada de una revitalización que permita abandonar clichés y tener en cuenta los (ya no tan) nuevos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en el mundo desarrollado sobre el valor jurídico (y judicial) de los textos normativos que, como la Constitución Española de 1978, consagran el derecho a la vivienda. La necesaria interpretación de este precepto de conformidad con los diversos tratados internacionales vigentes (art. 10 CE), su conexión con otros derechos constitucionales (como, por ejemplo, el de igualdad), con el Derecho Urbanístico y de la ordenación del territorio, así como un análisis riguroso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español han de permitir dar, por fin, un salto conceptual y superar enfoques repetitivos, mantras empleados desde hace décadas, en ocasiones de modo rutinario. El ámbito de la vivienda incluye, por cierto, diversos de estos (las clásicas dicotomías alquiler-propiedad, ayuda a las personas-ayuda a las piedras, etc.), que, a modo de salmos, son entonados con frecuencia al referirse a la vivienda» (*El Derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, PONCE SOLÉ y SILVINA TOMÁS (coords.), en el Prólogo, pág. 10, Marcial Pons, 2008).

⁶ Y así lo reconoció la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de noviembre de 2012, de la que fue ponente don Antonio DEL MORAL GARCÍA y que ventiló el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona (sentencia de 27 de junio de 2011). En este caso condenó por un delito continuado de incendio con la atenuante de «alteración psíquica» y un delito de amenazas, a un vecino por «la reiteración de actos de hostigamiento, la efectiva materialización de las amenazas, lo que avala su apariencia de seriedad *ex ante*, haber conseguido torcer la voluntad de los vecinos impulsándolos a buscar otro lugar de residencia, tal y como les exigía, la gravedad intrínseca de los males con que se conminaba (incendio, muerte...), la exhibición de una actitud agresiva, hostil y asocial que arrojaba a las amenazas con un manto de credibilidad...», constituyen un racimo de circunstancias que impiden etiquetar como «leves» esas intimidaciones. El contexto agresivo que la Sala de instancia evoca para optar por esa moderada calificación, puede explicar la génesis de las amenazas, pero en nada influye en su intensidad o capacidad intimidatoria. Un ambiente de hostilidad persistente no devalúa las amenazas. Es más, en ocasiones puede operar en el sentido justamente inverso. No son amenazas proferidas en un momento de acaloramiento, sino sistemáticas, ilativas». La pena impuesta finalmente por el Tribunal Supremo al autor de un delito de amenazas del artículo 169.2.º del Código Penal a las penas de un año de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de

o de violencia, que en reiteradas ocasiones se ejerce o se ha ejercido contra un colectivo de personas muy vulnerable. Nos estamos refiriendo a las personas mayores o ancianas, que sufren vejaciones verbales, condiciones insalubres en las zonas comunes o la no realización de obras elementales de conservación por parte de los propietarios, o la ocupación ilegítima del inmueble por otras personas (los llamados «ocupas» o también de etnias marginales) que hacen la vida en la comunidad insoportable, entre otras actuaciones con la finalidad de que abandonen su hogar.

Por tanto, todas las conductas expresadas en el párrafo anterior, persiguen una finalidad común, que no es otra que la de obligar o de forzar la voluntad de los legítimos residentes para que la abandonen, a través de actuaciones, activas y/u omisivas, que sumadas, y producidas, sucesiva o contemporáneamente en el tiempo, constituyen un abuso y un acoso difícilmente soportable. El objeto es siempre provocar el abandono voluntario o no del residente, con el ánimo adicional de obtener un beneficio económico con la venta o alquiler del inmueble.

2. EL FENÓMENO DEL *BLOCKBUSTING* EN LOS ESTADOS UNIDOS: PRÁCTICAS ILEGALES INMOBILIARIAS Y MOVIMIENTOS DE POBLACIÓN

Esta singular institución no es novedosa ni exclusiva de España; entre nuestros Juzgados y Tribunales se evidencia que, paulatinamente, el número de resoluciones dictadas se ha ido incrementando y, en ellas, bien pueden inclinarse por la estimación de la concurrencia de acoso inmobiliario, o, por el contrario, son desestimadas por falta de pruebas, o porque realmente no concursa el tipo penal denunciado. Decimos que no es algo típico de nuestro país, porque ya en los años sesenta en Estados Unidos se empezó a hablar de un fenómeno social e inmobiliario que estaba teniendo lugar en algunos barrios residenciales de ciertas ciudades como Chicago, Los Ángeles..., se trataba del denominado *Blockbusting*⁷.

Esta práctica ilegal inmobiliaria implicaba cierto tipo de tácticas llevadas a cabo en diversos barrios residenciales de algunas ciudades en los que vivía una clase media blanca. Empujados los *blockbusters*⁸ (los acosadores inmobiliarios)

condena y prohibición de acercarse durante dos años a menos de un kilómetro del inmueble en el que ocurrieron los hechos.

⁷ Etimológicamente, responde al sustantivo inglés *Blockbusting*, compuesto por *block* inmueble y *busting* roto, reventado... En este caso y con esta acepción, el verbo *to bust* se podría emplear también como sinónimo del verbo *to burst*, arruinar, estropear, romper...

⁸ En el año 1962 el término *Blockbusting* pasó a ser conocido y empleado en Estados Unidos a raíz de la publicación en el periódico «The Saturday Evening Post», de un reportaje con un curioso y misterioso título «Confessions of a Block-Buster», en el que el autor (que escribía bajo seudónimo de Norris Vitcheck) se calificaba asimismo de *Blockbuster*, aunque también reconoce que un término «menos odioso» para su labor podía haber sido el de *real-estate speculator* (especulador inmobiliario o agente inmobiliario especulador). En el polémico artículo detallaba los cuantiosos beneficios económicos generados por las diferentes tácticas de persuasión para que los propietarios blancos le vendieran a él sus viviendas y revendérselas a los afroamericanos por un precio muy superior, aparte de contar las técnicas y las tácticas y, tal vez, poner de manifiesto unos prejuicios de una sociedad americana sonrojada y criticada ante esta situación. Para leer más información sobre estas tácticas y las circunstancias de aquellos años en Estados Unidos, así como su evolución jurisprudencial y legal, vid., entre otros, SELIGMAN, A. I., «Apologies to Dracula, Werewolf, Frankenstein: White Homeowners and Blockbusters in Postwar Chicago», en *Journal of*

quienes, por motivos especulativos, aprovechando la segregación racial y los prejuicios raciales existentes, así como el desplazamiento migratorio de las zonas rurales a las ciudades, extendían rumores por el barrio residencial sobre que familias de color, indigentes, y diferentes grupos marginales se iban a trasladar al barrio. Los agentes inmobiliarios o constructores animaban a los propietarios «temerosos» a vender rápidamente sus viviendas, para que así pudieran trasladarse a otro barrio teóricamente más tranquilo y apartado de la conflictiva situación que se les avecinaba.

Es más, los agentes a los residentes, incluso les animaban a vender a precios más bajos para así, a juicio de los agentes, deshacerse del inmueble antes de que se hubiera depreciado más por el cambio que experimentaría su barrio con la llegada de esos nuevos habitantes. Aparte de extender rumores, llamar insistentemente por teléfono a los propietarios y visitarlos en reiteradas ocasiones, los métodos y tácticas de estos acosadores llegaban, directamente a conductas activas, consistentes en la contratación de familias y grupos de gente de color que se paseaba por el barrio, con carritos de bebés, por ejemplo, llegando a habitar algunas casas, para acelerar los peores «temores» de los vecinos que de este modo constataban que cada vez era más real y cercano.

Eso sí, al margen de la calificación negocial de la acelerada venta en que el consentimiento estaría viciado por intimidación, error, cuando no directamente nulo por ausencia de consentimiento, las situaciones solían discurrir de forma pacífica, si bien otras no tanto, por lo que los vecinos vivían el «engaño» con cierto temor y coaccionados en ocasiones para que vendieran, caso de que su intención de continuar viviendo en el barrio persistiese, pese a todas estas estratagemas desplegadas⁹.

Como hemos señalado, en la mayor parte de los supuestos de hecho que se acaban de presentar, los agentes o acosadores tienen finalidad especulativa sea para vender el inmueble para que se construya otro en su lugar o, volver a

the Illinois State Historical Society, 94, 1 (Spring 2001), págs. 70 a 95. <http://dig.lib.niu.edu/ISHS/ishs-2001spring/ishs-2001spring070.pdf>; y MEHLHOM, D., «A Requiem for Blockbusting: Law, Economics, and Race-Based Real Estate Speculation», en *Fordham Law Review*, vol. 67, 1998, pág. 1145 y sigs. <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol67/iss3/4> (última consulta en mayo de 2013).

⁹ Para SPIEGEL GLASSBERG, *blockbusting* se definiría como «a form of pressurized activity by real estate brokers which is aimed at influencing the total racial turnover of a neighborhood. To the extent that blockbusting leads to neighborhood transition and segregation, it arguably runs counter to other programs working toward racial diffusion and desegregation». En su trabajo estudia diversos casos, así como los efectos que provoca. En su opinión: «Blockbusting is a drama enacted on the block or in the neighborhood, and the synopsis varies little from community to community. The blockbuster, the principal actor, induces panic in white homeowners by means of harassment meant to induce a rapid racial turnover of residences at greatly distressed prices. In its mild form, blockbusting may consist merely of excessive solicitation of sales, which may engender panic. More severely, blockbusting can be an intensive campaign to disseminate the rumor, based on half truths that blacks have purchased or will purchase a residence and that; as a result, the neighborhood will become inundated by blacks with an accompanying decline in property values and quality of housing. To substantiate his propaganda and to heighten fear, the blockbuster may hire black welfare mothers to parade up and down the block or vandals to throw bricks through windows, in order to foster the impression of a black invasion» [«Legal Control of Blockbusting», en *Urban Law Annual; Journal of Urban and Contemporary Law*, págs. 145 a 170, 1972. <http://digitalcommons.law.wustl.edu/urbanlaw/vol1972/iss1/10> (última consulta en mayo de 2013).

arrendar la vivienda a mayor precio, más ajustado al del mercado vigente. Muchas de estas «víctimas» si tenían firmado un contrato de arrendamiento con el propietario del inmueble, lo más usual es que hubiera sido estableciendo una renta antigua, y por lo tanto, muy inferior al precio actual del mercado. En otras ocasiones, las personas mayores que han sufrido estas actuaciones, abandonan su domicilio sin pleitear, sin denunciar el proceder por parte de sus vecinos, por lo que estos logran su objetivo, en muchos casos, insistimos, puramente crematísticos.

II. DE LAS CONDUCTAS CALIFICADAS COMO COACCIONES O ATENTADOS A LA INTEGRIDAD MORAL A LA TIPIFICACIÓN EXPRESA DEL «ACOSO INMOBILIARIO» EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

1. LA INICIAL TIPIFICACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD APAREJADA A LA COMISIÓN DEL DELITO O FALTA: EL ASUNTO CASA TANGORA DE GETXO (VIZCAYA)

El acoso inmobiliario es una figura tipificada en nuestro Código Penal desde el año 2010, cuando se promulgó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La figura del hostigamiento o acoso inmobiliario ha sido introducida por tanto, de forma reciente en nuestro ordenamiento jurídico-penal, aunque estas conductas y actos ahora calificados de «acoso inmobiliario»¹⁰, ya eran enjuiciadas anteriormente por nuestros Juzgados y Tribunales como un delito de coacciones o de atentados a la integridad moral.

De entre los primeros asuntos ventilados en sede judicial, un caso que tuvo una importante repercusión entre los medios fue el conocido como Casa Tangora de Getxo¹¹. Se trataba de una situación insoportable que hacía muy difícil la convivencia desde que una familia de etnia gitana (treinta personas) arrendó un inmueble por un precio irrisorio (1 euro) y realizó actos de hostigamiento durante un año contra los vecinos (tiraban excrementos, colchones, deshechos

¹⁰ RODRÍGUEZ RAMOS hace un análisis pormenorizado y exhaustivo de estas reformas y novedades penales, destacando que «la falta de bases sólidas criminológicas y político-criminales, unida a las prisas, con o sin pausas, para promulgar las reformas penales, convierten gran parte de los nuevos tipos delictivos en meros instrumentos de imagen política con altas dosis de arbitrariedad, en constantes huidas hacia el Derecho Penal para no afrontar de modo directo con los problemas sociales en la búsqueda de soluciones». Y finaliza su trabajo con la siguiente idea: «Es paradójico terminar el comentario a una reforma legislativa reclamando soluciones *de lege ferenda*, pero cuando se promulgan Leyes sin acendrar su carácter racional y, en el caso de las leyes penales, su necesidad como *ultima ratio*, no hay más remedio que dar al legislador una segunda oportunidad para que contrarreforme lo mal reformado» [«El *blockbusting* (Una excrecencia legislativa más)», en *Diario La Ley*, núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, año XXXI].

¹¹ Y así el famoso auto conocido como «casa Tangora» de Getxo, en la que el Juzgado de Instrucción número 6 de Getxo, en su Resolución de 19 de agosto de 2004, decretaba unas diligencias previas y fallaba el desalojo de la vivienda así como la prohibición de acercamiento y de mantener cualquier contacto o comunicación entre los vecinos, durante la tramitación de la causa. Los imputados, considera el Juzgado, «están ejecutando un plan sistemático de acoso contra sus vecinos», por este motivo «la conclusión es muy simple: hay que cortar de cuajo las condiciones que permiten a los infractores persistir en su conducta criminal. La única manera es la de impedir cualquier contacto con las víctimas».

por las ventanas, inundaban y provocaban filtraciones en la vivienda del demandante...). La vida se volvió insoportable, y estas actuaciones no solo fueron toleradas por el arrendador, sino que había llegado a un acuerdo con la familia de nuevos arrendatarios, para que realizasen esos actos de hostigamiento, según se desprende del fallo. En sentencia de 14 de noviembre de 2008, el Juzgado de lo Penal, número 2 de Bilbao, a varios de los demandados, entre ellos el propietario del inmueble, se les impone a una pena de prisión de dos años, entre otras penas accesorias. Señala la sentencia: «ha quedado acreditado la existencia de múltiples e incesantes actos de hostigamiento, que se repitieron a lo largo de catorce meses, ejecutados con el propósito de minar la voluntad de las víctimas y provocar su hundimiento moral, creando en efecto en ellos sentimientos de miedo, inseguridad e impotencia, y todo ello en ejecución de un plan torticero que tenía por fin último, bien que los vecinos del piso de abajo vendieran su vivienda bien que ejecutaran las obras que pretendía el autor mediato, pero en cualquier caso doblegar su voluntad». Los hechos declarados probados también constituyen un delito continuado de daños previsto y penado en los artículos 263 y 74 CP. La decisión fue recurrida y la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4, en sentencia de 25 de marzo de 2010, reconoce los actos y condena al arrendador y al matrimonio de etnia gitana.

Desde la modificación del año 2010, contamos con ambas modalidades delictivas, ya sea el tipo de coacciones, recogido en el actual artículo 172.1 *in fine*¹² —en el que también se ha incluido un tipo concreto de coacciones en el ámbito de la vivienda— o el tipo objetivo del artículo 173.1¹³ del Código Penal, que ha

¹² El delito de coacciones está previsto en el artículo 172 del Código Penal, habiendo sido introducido en este precepto un nuevo párrafo relativo al impedimento en el disfrute de la vivienda que resaltamos en negrita para que destaque su tenor literal. Este precepto dispone: «1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código. También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto *impedir el legítimo disfrute de la vivienda*».

¹³ En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, de 22 de septiembre de 2008, se desestima el recurso de apelación presentado por la denunciante/propietaria y se confirman los autos del Juzgado de Instrucción, número 36 de Madrid, de 2 de julio de 2008. En esta ocasión, la propietaria de un inmueble denuncia a algunos funcionarios de la Gerencia de la Junta del Distrito de Chamartín del Ayuntamiento de Madrid, por insultos, coacciones, vejaciones, amenazas, acoso, diferentes ataques dirigidos contra su persona que hacen que «semejante humillación entraña una agresión a su dignidad humana que se materializa en el desprecio a su integridad moral, tutelada por el artículo 173.1 del Código Penal», como se recoge en la resolución. Y sostiene el Auto: «Más bien debe decirse que lo que la denuncia sostenida ha puesto de manifiesto, con evidente petición de principio, ha sido una determinada interpretación de los hechos, no así una sucesión de hechos racionalmente indiciarios del delito penal indicado (...) En el caso presente, no resulta posible concluir que las imputaciones realizadas se correspondan con alguno de los delitos penales que se han venido imputando a los denunciados. En las actuaciones, como ha destacado el Instructor, obra el expediente administrativo que evidencia la existencia de litigios entre la recurrente y la administración municipal, el Ayuntamiento de Madrid, y en el mismo no aparece indicio alguno del delito criminal que ha venido atribuyendo a ciertos funcionarios. Pues, con independencia de su interpretación de lo sucedido, o al margen de la misma,

sido el novedoso tipo delictivo, las conductas atentatorias y denigrantes que impidan el disfrute pacífico de la vivienda podrán ser enjuiciadas por cualquiera de estos delitos. El Título VII del Código Penal lleva por título «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». Siendo uno de estos delitos el conocido popularmente como acoso inmobiliario.

De este modo, dispone el artículo 173.1¹⁴ *in fine*, la calificación del tipo delictivo: «Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda». La pena a la que se refiere es la recogida en el primer párrafo: «El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años». Por lo tanto, se tratará de diversas conductas de alguien contra el legítimo usuario de un bien inmueble con la finalidad de que lo abandone¹⁵.

no aparece ningún dato objetivo que venga a corroborarla, ni puede tener tal consideración el hecho de que la recurrente haya vencido en pleito en una ocasión determinada al Ayuntamiento de Madrid. Debe tenerse en cuenta que para la existencia del delito contra la integridad moral a que se hace referencia por la apelante no es suficiente con su personal percepción de la situación, o su sensación subjetiva de haber sido humillada, sino que debe comenzar por requerirse la prueba de la realización de actos que efectiva y objetivamente entrañen humillación, degradación u ofensa a la dignidad de otro, de lo que el expediente administrativo, como ya se ha dicho, no proporciona ninguna indicación. Como también ha puesto de manifiesto ya el juez de instrucción, la contrariedad que al administrado le ocasione la actividad administrativa no puede estimarse indicio bastante de la perpetración de un delito penal, ni puede significar por sí sola el dolo que el delito que se atribuye exige como uno de sus elementos esenciales. Ni tampoco el Ordenamiento jurídico hace depender de la condena a un funcionario público el derecho a recibir, en su caso, compensación por los daños o molestias que hubieran sido injustificadamente causados, o el derecho a reclamar la anulación o rectificación del acto contrario a Derecho».

¹⁴ Sostiene VILLEGAS FERNÁNDEZ que no todos los acosos constituyen supuestos de *mobbing*, solo aquellos que atenten contra la integridad moral, y sobre este artículo 173.1 señala: «Los seres humanos no son estatuas del mármol. Cuando se presiona a alguien hasta el límite de su resistencia, el sufrimiento termina por anegar su *psique*. La integridad moral garantiza que la incolumidad personal de nadie vaya a ser violada por culpa de ataques de esta ralea. Nótese que no se está diciendo que sea la salud física o psíquica lo que se comprometa, sino el libre desarrollo de la personalidad, como vertiente dinámica de la integridad moral (arts. 10 y 15 de la Constitución). No hay por qué aguantar el dolor moral que ocasiona quien ilícitamente se empecina en doblegar la voluntad ajena. Por eso es insoslayable la aplicación del artículo 173.1 del Código Penal. No sólo eso, la abundante jurisprudencia nacida dentro de su marco conceptual (en las torturas y la violencia doméstica) resulta en muy buena medida trasvasable al tipo básico. Desde luego que las singularidades que aporta cada tipo específico sólo encuentran su razón de ser en su respectivo ámbito de vigencia. Pero, aun así, el tronco del que brotan todas las ramas es el mismo: la integridad moral. Esta es la clave para descifrar los enigmas que suscita la hipertrofia periodística de los acosos. Hoy día diríase que todo es *mobbing*. No es así. El acoso solamente es el trato degradante que el legislador consagra en el artículo 173. Es decir, toda conducta idónea para herir la integridad moral» («Del *blockbusting* al acoso inmobiliario I», en *Noticias Jurídicas*, noviembre de 2006, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200611-99932364612094.html> (última consulta de mayo de 2013)).

¹⁵ En este sentido se pronuncia CARUSO FONTÁN, y así, señala sobre este nuevo delito: «Se trata de conductas de hostigamiento que un sujeto realiza al legítimo usuario de un inmueble con la finalidad de que éste acabe abandonando la finca y renunciando a sus derechos con respecto a ella. Si bien no estamos frente a una problemática nueva, ya que, como

Un precedente directo a esta reforma es la Ley del Gobierno de Cataluña 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda¹⁶. En esta norma, su artículo 45.1 recoge el derecho que tiene toda persona a acceder y ocupar una vivienda siempre que cumplan los requisitos legales y contractuales sin sufrir discriminaciones directas o indirectas ni acoso. A continuación, en el artículo 45.3.c)¹⁷ define el acoso inmobiliario, tipificándolo de infracción muy grave [en el art. 123.2.a)]¹⁸, teniendo estas infracciones calificadas, de muy graves, una sanción económica de multa de hasta 900.000 euros.

2. OTROS SUPUESTOS RELEVANTES: AAP DE MADRID, DE 11 DE OCTUBRE DE 2012

La actuación llevada a cabo por los acosadores es muy diversa, aunque lo importante y fundamental es la reiteración sistemática y persistente de estos actos o conductas abusivas, como bien señala el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de octubre de 2012, en la que se mencionan distintos actos reiterados producidos con la intención de forzar el abandono de la vivienda. Y así en concreto, describe distintas conductas de los acosadores: «contaminación

vimos, el proceso de “desnaturalización” del concepto de violencia se ha visto motivado, ya desde su inicio, y en gran medida, por supuestos que responden a estas características, sí es cierto que en los últimos años este fenómeno se ha visto intensificado por las escasas ganancias que los llamados “contratos de renta antigua” proporcionan a los arrendadores de las viviendas» («El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», *Eguzkilore*, núm. 25, septiembre de 2011, pág. 13).

¹⁶ Para TRILLA BELLART esta norma se promulga en Cataluña debido al «contexto de demanda reivindicativa que no se habría producido si el funcionamiento del sector y del mercado de la vivienda no hubiera generado las disfunciones sociales de los últimos años. En este periodo histórico, y especialmente en el decenio 1997-2007, el mundo de la vivienda en Cataluña ha experimentado una profunda convulsión: los precios de las viviendas han subido un 300 por 100, mientras que los sueldos sólo han aumentado un 30 por 100. Esta situación ha generado una importante discrepancia en la posición de los ciudadanos ante el derecho a la vivienda y una profunda segregación social. La vivienda se ha convertido en una preocupación general, situada en un nivel de máxima exigencia ciudadana. El alejamiento de la capacidad adquisitiva de los hogares respecto de las condiciones del mercado de la vivienda se ha traducido en que 200.000 familias tienen graves dificultades para acceder a una vivienda, otras 300.000 tienen dificultades para poder rehabilitarla y más de 60.000 hogares tienen graves problemas para pagar aquella vivienda en la cual viven habitualmente, con el consiguiente riesgo de exclusión social que este hecho conlleva» («La Ley del Derecho a la Vivienda: aspectos más destacados», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, pág. 2).

¹⁷ La ley catalana define el acoso inmobiliario en su artículo 45.3.c), del siguiente modo: «El acoso inmobiliario, entendido como toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objetivo de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para ocupar la vivienda. A efectos de la presente ley, el acoso inmobiliario constituye discriminación. La negativa injustificada de los propietarios de la vivienda a cobrar la renta arrendaticia es indicio de acoso inmobiliario».

¹⁸ La infracción muy grave de acoso inmobiliario en Cataluña está recogida en el artículo 123.2.a): «Llevar a cabo acciones u omisiones que supongan acoso o discriminación, de acuerdo con lo establecido por la presente ley». Teniendo las infracciones muy graves una sanción económica de hasta 900.000 euros (según recoge su art. 118).

acústica, falta de mantenimiento de los servicios comunes, insalubridad en las instalaciones, privación de suministros básicos, actos dañosos, ataques personales, creación de situaciones de inseguridad, altercados, etc.».

En el caso de autos se resuelve un recurso de apelación contra un Auto del Juzgado número 1 de Instrucción de Alcobendas, en el que se inadmitía a trámite una querella presentada por el recurrente contra unos vecinos y familiares del inmueble en el que ambos residían, por un delito de coacciones, un delito contra la intimidad y un delito contra la integridad moral. La querella criminal interpuesta se refiere a ciertas acciones llevadas a cabo desde hace años por los querellados, dirigidas a expulsar de la vivienda a los actores. Los querellantes son los propietarios del inmueble y los querellados son los legítimos arrendatarios, unos viven en la planta baja y otros en el primer piso. Los hechos referidos son varios: la presentación de una demanda de desahucio contra los querellados, que es desestimada en 2008; el haber recibido insultos y amenazas denunciadas a la Guardia Civil, entre ellos narran la amenaza del corte de agua, supuestos daños en el vehículo de los querellantes, amenazas verbales, la colocación de cámaras de vigilancia dirigidas a los accesos a la vivienda, a las ventanas de los dormitorios...; colocación de chimeneas para salidas de humo industrial derivados de supuestas actividades ilegales de cerrajería, cortes en el suministro de agua, acciones insalubres por ejemplo, arrojar excrementos de animales en su vivienda; por todo ello denuncian crisis de ansiedad, pánico y hostigamiento a ellos y a su familia.

El juez de instrucción inadmitió la querella por considerar que los hechos relatados no constituían infracción penal, ni había autor conocido. El juez tomó esta decisión debido a que algunos hechos ya denunciados fueron objeto de intervención judicial en el orden civil, como el desahucio; o en otros procedimientos penales, como los insultos, daños y lesiones. En cuanto a la colocación de la cámara, sostiene el juez que al existir un conflicto familiar por el uso de la vivienda, se excluye que sea apreciado como indicio de un delito, decantándolo más bien como conjeturas o suposiciones. En cuanto a los trabajos de cerrajería y a la colocación de la chimenea, no aprecia relevancia penal, sino más bien administrativa; por último, en los cortes de agua, lanzamiento de excrementos, no detecta indicios de intencionalidad por parte de los querellados.

Analizado el recurso presentado por los querellantes, la Audiencia Provincial de Madrid considera que la resolución es «motivada, pero ello no resulta suficiente». Estima incorrectas las valoraciones del Auto de inadmisión, porque o bien le niega relevancia penal o bien le resta credibilidad por el conflicto familiar existente y subyacente. La Audiencia considera, por tanto, que los hechos globalmente considerados podrían ser constitutivos de acoso inmobiliario. Finalmente, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, revocando las resoluciones del Juzgado de Instrucción.

Otro caso que nos interesa mencionar aquí se refiere al que tuvo que estudiar el Juzgado de lo Penal, número 9 de Barcelona, y en sentencia de 29 de junio de 2012 resolvió la existencia de acoso inmobiliario (*blockbusting*, terminología inglesa que también se usa en este contexto). Para VILLEGAS FERNÁNDEZ, en España serían dos los casos paradigmáticos de acoso inmobiliario. En concreto, según su opinión, éste, el barcelonés y el vizcaíno (también conocido como Casa Tangora, antes visto). En particular, dos modalidades distintas con la misma finalidad, provocar la expulsión o el abandono de los inquilinos o residentes en un inmueble en contra de su voluntad. El caso barcelonés, para el mencionado autor, es el más frecuente, y como veremos a continuación, el arrendador, por la

fuerza, pretende que los inquilinos abandonen la vivienda; por su parte, el caso vizcaíno se ajustaría más al modelo estadounidense, «el de la manipulación de minorías marginales para invadir zonas residenciales y arrojar a sus moradores *manu militari*»¹⁹.

En el mencionado supuesto de Barcelona, la inquilina de renta antigua se había subrogado en 1973 en el contrato de arrendamiento firmado por su padre en los años treinta. La inquilina vivía allí desde que nació en 1939. El acusado pasó a ser propietario de todo el inmueble en 1985 y esta inquilina era la última que quedaba en el edificio. La querellante se venía quejando desde hacía algunos años ante la Policía, el Ayuntamiento y el Juzgado del estado pésimo de conservación del edificio por parte del propietario, que no realizaba obras en la fachada ni en las zonas comunes que daban lugar a desprendimiento de trozos de la fachada con el consiguiente peligro de causar daños personales y materiales, vigas en mal estado, brechas en las paredes y balcones con posibilidad de desprendimiento, además de las penosas condiciones en las que estaba la finca. La querellante intenta el pago de su renta dado que el propietario no acepta su cobro como de costumbre, le corta el suministro de agua a la inquilina y permite que unos ocupas accedan al inmueble. Debido a esta situación y a las condiciones de insalubridad en las que vivía, sufrirá un cuadro de ansiedad y estrés y todo producido por su negativa a abandonar la vivienda.

El Juzgado de Barcelona califica el caso de acoso inmobiliario en el que el propietario pretende derruir el inmueble y construir una nueva finca en pleno *boom* del «ladrillo»: «Estamos en este caso ante un supuesto típico, esto es, con un conjunto de omisiones y de acciones, como no cobrarle el alquiler, dejar que la finca se deteriore hasta no reunir unas condiciones mínimas de habitabilidad, cortar los suministros, obras eternas, apuntalamientos..., etc., dirigidas todas ellas a deshacerse de la inquilina. Más concretamente, y por comenzar con lo más evidente: el acusado durante años se ha desatendido de su obligación como arrendador de mantenimiento del edificio, poniendo en peligro la vida y la integridad física de los inquilinos, y más concretamente de la querellante». Esto es así porque tanto la Ley de Arrendamientos Urbanos del año 1964, artículo 107²⁰

¹⁹ VILLEGAS FERNÁNDEZ, «La impotencia de un legislador bienintencionado: el futuro delito de acoso inmobiliario», en *Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Penal*, enero de 2010, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201001-5874236901472.html>.

²⁰ Artículo 107 LAU, año 1964: «las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido serán a cargo del arrendador». Traemos aquí a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Tercera (Penal), de 1 de febrero de 2011, en el que desestimaba el recurso de apelación contra el auto del Juzgado de Instrucción, número 2 de Girona, en unas Diligencias Previas, de 15 de diciembre de 2010 y confirma la resolución apelada. En esta ocasión, sostiene la Audiencia Provincial de Girona que las conductas que la apelante considera son constitutivas de un delito de coacciones o de acoso inmobiliario, tal vez habría que reconducirlo a la legislación civil y en concreto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, en este caso la de 1964, y al Código Civil, en la materia de incumplimiento de contrato. Y así mantiene que la apelante podía haber utilizado «dos remedios legales distintos a su situación: los recogidos en los artículos 110 y 115-116 LAU 1964». Es decir, puede exigir de la parte arrendadora que lleve a cabo las obras necesarias ordenadas por autoridad competente (orden que aquí ya se ha producido, según es de ver en la causa —al folio 78—, en el año 2008 y por parte del Ayuntamiento de Girona) y, si aquella no las inicia en treinta días, efectuarlas por sí y exigirle judicialmente su importe en plazo de otros quince días, más los intereses. O bien,

como la de posterior Ley de Arrendamientos Urbanos del año 1994, en su artículo 21²¹, apartado primero, reconocen que estas reparaciones de conservación las debe llevar a cabo el propietario sin aumentar por ello la renta.

Igualmente en el artículo 1554²² del Código Civil se recogen las obligaciones del arrendador en el contrato de arrendamiento, entre las que figuran las reparaciones de conservación, por lo que lo que pretendía el arrendador era dejar en una situación ruinoso la vivienda y así «forzar» a que voluntariamente el arrendatario abandonara la vivienda.

La inquilina denuncia en reiteradas ocasiones ante los bomberos, policía, Ayuntamiento, así como ante el Juzgado el mal estado de la finca y la falta de conservación por parte del arrendador. Finalmente interpone una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, número 42 de Barcelona, en el año 2006, en la que el acusado reconviene solicitando que se acuerde el derribo del inmueble porque el valor de las obras y la restauración es superior al 50 por 100 del valor real, al tiempo de ocurrir el siniestro, sin tenerse en cuenta el valor del suelo en esta valoración (art. 118.2 LAU de 1964). Esta petición reconventional no prospera en Primera Instancia, pero sí en la apelación, acordándose en el año

si la arrendataria no puede afrontar el anticipo del gasto, exigir ante los tribunales que se ejecuten las reparaciones necesarias, a fin de conservar la vivienda, sus instalaciones o servicios o las cosas de uso necesario o común en la finca en estado de servir para lo pactado en el contrato (art. 115 LAU 64); algo a lo que, además, la arrendataria puede sumar la exigencia de las indemnizaciones que se detallan en el citado artículo 116 LAU 64, y de las costas. Vías ambas que, en tanto no se exploren ante la jurisdicción civil, impiden desde luego que el incumplimiento contractual de la denunciada tenga por ahora relevancia penal alguna». En cuanto a que la propiedad, tenía el inmueble en un mal estado de conservación y no realizaba las obras no cree que deba ser perseguido por la vía penal, sino más bien la civil a través del cumplimiento del contrato, y así recoge: «A la vista de las fotografías obrantes en la causa, no cabe duda de que la vivienda arrendada por la señora Paula a la señora Valle se encuentra en deficientes condiciones de habitabilidad: paredes sin pintar y con humedades, ausencia de cuarto de baño en condiciones, etc. Es decir, que haciendo salvedad de que pudiera existir una cierta contribución de los arrendatarios al mal estado general del inmueble, no hay duda de que la actitud de la parte arrendadora, al negarse a hacer en la vivienda las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda arrendada en estado de servir para el uso convenido (art. 107 LAU 1964), constituye un aparente incumplimiento contractual, descrito y previsto en la LAU de 1964. Un incumplimiento que, si careciera el inquilino de medios legales para combatirlo, podría quizás constituir un supuesto de coacción en los términos del artículo 172.1 CP, pues está claro que obligar a alguien a vivir en las condiciones en que lo hace la hoy recurrente resulta contrario a la higiene y al decoro más elementales; y, desde luego, constituye una situación que, si no tuviera remedio legal, podría empujar a cualquier persona mínimamente sensata a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto: en este caso, arreglar a sus expensas el inmueble o renunciar al contrato de arrendamiento». En cuanto a las coacciones, sostiene la Audiencia que tal vez debería reconducirse a unas amenazas.

²¹ Artículo 21.1 LAU, año 1994: Obras de conservación. «El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario, ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 1563 y 1564 del Código Civil».

²² El artículo 1554 del Código Civil recoge en sede de arrendamiento de fincas rústicas y urbanas, que el arrendador está obligado: «1.º A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato. 2.º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. 3.º A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato».

2008 la resolución del contrato de arrendamiento. Así que el arrendador logra su objetivo, pese a no cumplir con las diferentes notificaciones, y la sentencia judicial del año 2003, en la que se le obligaba a hacer las obras de reparación y conservación del inmueble. Por tanto, el propietario no arregla el inmueble, y deja que éste llegue a un deterioro tan importante que hacen que el Juzgado considere que no tiene sentido una restauración, sino el derribo y construir un nuevo edificio, debiendo para ello resolver el contrato de arrendamiento, y así conseguir una autorización para la demolición y poder construir el nuevo. Esto ya lo había dicho en reiteradas ocasiones el propietario, por lo que parece que todo lo tenía bien planeado.

Finalmente, el Juzgado de Barcelona en su sentencia de 29 de junio de 2012, condena al arrendador como responsable criminal en concepto de autor de un delito continuado de coacciones a la pena privativa de libertad de tres años de prisión, así como la accesoria para la inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, e igualmente al pago a la inquilina de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos durante todos estos años, incluidos los morales, de 18.000 euros, y además las costas procesales.

Nos ha interesado traer aquí a colación esta sentencia debido a que la inquilina era una señora ya mayor, viuda, y con pocos recursos económicos, que sufrió acoso inmobiliario por todas estas acciones provocadas deliberadamente por el arrendador con la finalidad de que abandonara el hogar o inmueble en el que residía.

Es interesante esta sentencia en la que se condena al arrendador tanto a una indemnización económica por los daños y perjuicios causados, cuanto a una pena privativa de libertad, y en esto la sentencia es novedosa.

Hemos mencionado anteriormente que tanto el Código Civil como la Ley de Arrendamientos Urbanos, contemplan la posibilidad de demandar al arrendador para que lleve a cabo esos actos de mejora y conservación del inmueble arrendado, por lo que a través de la vía civil también se podrá solicitar que las realice y lleve a cabo con la intención de no llegar a dañar con el transcurso del tiempo y la desidia o dejadez del arrendador el inmueble y haciéndolo inhabitable, insalubre, o que también pueda provocar derrumbe y desprendimiento de la fachada, mal estado de las vigas, balcones...

Sin embargo, cuando la actuación por parte del vecino, propietario o arrendador del inmueble conlleve una serie de actuaciones que en su conjunto sean vejatorias, persistentes, de hostigamiento, y con la intención de provocar la perturbación del legítimo disfrute del domicilio o incluso de su abandono por parte del vecino que las sufre, habrá que acudir a la vía penal, y a través de cualquiera de las dos figuras delictivas solicitar el cese del acoso o de las coacciones, así como el volver a disfrutar de la paz en el domicilio u hogar familiar.

III. REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE JUZGADOS Y APELACIÓN EN AP

Diversos han sido los fallos promulgados en toda la geografía española que afectan a la paz vecinal y tienen una finalidad con tintes especulativos por parte de los acosadores. Por su parte, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete, en sentencia de 30 de diciembre de 2011, desestima el recurso de apelación que contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de 4 de noviembre 2010, planteó la demandada y apelante, confirmándose la

sentencia de Instancia. En la demanda, la demandante propietaria de una vivienda en una comunidad de propietarios dividida en una propiedad horizontal, sostiene que el administrador está ejerciendo acoso inmobiliario, que tampoco resulta demostrado por lo que no es estimada su demanda ni ulterior recurso.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, en sentencia de 26 de enero de 2011, también consideró que «el simple hecho del ejercicio de una acción de desahucio, cuando media impago no puede, sin más, conceptuarse de acoso inmobiliario», por lo que se desestima el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Barcelona, de 2 de abril de 2009, confirmando, por tanto, la sentencia y condenando en costas a la apelante. Igualmente, la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, en sentencia de 7 de marzo de 2011, entendió al estudiar un recurso de apelación contra una sentencia por juicio verbal de desahucio por falta de pago del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Burgos, de fecha 18 de octubre de 2010, que «en principio no parece que frente a un desahucio por falta de pago pueda alegarse la falta de diligencia en la conservación del edificio, o incumplimientos contractuales por la vía del recurso al artículo 1124 del Código Civil», porque también aquí se alegaba acoso inmobiliario²³.

²³ Finalmente, la sentencia de instancia es confirmada, desestimándose por tanto el recurso de apelación. También la Audiencia Provincial de León, en sentencia de 13 de enero de 2010, en un recurso de apelación en un juicio de desahucio por falta de pago por extinción del contrato en base a haber transcurrido el plazo de duración del contrato, igualmente se alegó por parte de los demandados el acoso inmobiliario «tendente a dejar sin hogar a una pareja de ancianos, con muy escasos recursos económicos» que sufrían a través de maniobras e irregularidades de la propiedad. En este caso, en Primera Instancia se estimó la demanda de la propiedad, se decretó el desahucio y se declaró la extinción del contrato de arrendamiento. Además, destaca la sentencia de apelación lo recogido en la fundamentación de la Instancia, que aprecia la existencia de mala fe, abuso de derecho y temeridad por parte del demandado al formular muchas de sus peticiones, por todo ello, desestima los recursos de apelación, confirmando los fallos del Juzgado. En el mismo sentido también se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid, esta vez en un caso de impago de renta por parte de la arrendataria durante más de dos anualidades, porque parece ser que existían previamente diversas demandas cruzadas entre las dos partes por diferentes motivos, entre los cuales también se incluían y citaban conductas de acoso inmobiliario. En esta ocasión, se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de febrero de 2010, que confirma la sentencia de desahucio por falta de pago y reclamación de rentas, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 41 de Madrid, con fecha 6 de mayo de 2009, que declara la resolución del contrato de arrendamiento por lo que decreta el desahucio, así como al abono de las rentas adeudadas. Otra sentencia, la de 30 de noviembre de 2001, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 70 de Madrid, de 1 de marzo de 2011, por la que se declara la extinción del contrato de arrendamiento por falta de notificación de la subrogación de la actual ocupante, viuda del arrendatario fallecido por incumplir el plazo recogido en el artículo 16 de la LAU 94, así como su Disposición Adicional segunda B. La representación de la apelante, demandada en primera instancia, sostiene que se trata de un claro caso de acoso inmobiliario con la intención de dejarla sin vivienda, que cobra una pensión de viudedad mínima, y no tiene otros recursos ni lugar a donde ir. Finalmente, la sentencia da la razón a los demandantes, los arrendadores y no estima que exista tal acoso. En concreto, dispone: «En consecuencia, y al admitirse como hecho incontrovertido que la viuda del arrendatario no comunicó su voluntad de subrogación en el periodo establecido en el artículo 16 LAU, aplicable en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2, B LAU procede declarar la extinción sobrevenida del contrato como resolvió con toda corrección la sentencia recurrida, la cual, por lo mismo, debe ser íntegramente confirmada». El plazo

legalmente establecido, como sabemos, era de tres meses desde el fallecimiento del arrendatario. Se trataba de un contrato verbal y ni el esposo ni el padre de los actuales arrendadores, estaban vivos para corroborar que la viuda también era arrendataria, como ella sostenía. En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de diciembre de 2010, se desestima el recurso de apelación interpuesto por una inquilina (arrendataria) querellante, contra la propiedad del inmueble que habitaba, confirmando el Auto del Juzgado de Instrucción, número 15 de Madrid, de 6 de septiembre de 2010, por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa. La querellante sostenía la existencia de un acoso inmobiliario por parte de la propiedad al realizar obras, que conllevaban el corte de los suministros, y dañaban elementos comunes que perjudicaban la seguridad del edificio, poniendo vallas sin medidas de seguridad... todas estas obras con la finalidad de que abandonen el edificio en contra de su voluntad, haciendo el edificio inhabitable. Para la Audiencia Provincial no existe el delito de *mobbing* o acoso inmobiliario, y así señala: «Consideramos que conforme a la configuración del delito de coacciones que exige el uso de la violencia, sin poder hacer una interpretación extensiva de la norma incluyendo en el concepto de violencia determinadas obras realizadas en el edificio que contarán con la oportuna licencia administrativa —y si no, deberá así denunciarse ante las autoridades municipales urbanísticas—, sin perjuicio de que gran parte de los hechos que relata en la querella ya han sido objeto de concretas denuncias y que serán objeto de los correspondientes procedimientos incoados en aquellos juzgados en que fueron repartidas las denuncias previas, consideramos que simplemente con el relato de hechos que realiza la recurrente en cuanto al posible *mobbing* inmobiliario no consideramos que tengan trascendencia penal, no constituyen delito ni falta de coacciones por faltar el elemento normativo del tipo que exige una acción intimidatoria o violenta, lo que en la querella ni siquiera se describe. Por lo expuesto, consideramos que la decisión de archivo —quizás mejor desde un inicio— se ajusta a derecho, pues los hechos descritos en la querella no constituyen infracción penal, por lo que procede el sobreseimiento de conformidad con el artículo 779.1.1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En el Auto de Audiencia Provincial de Segovia, Sección Primera, de 23 de enero de 2012, que desestima el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Instrucción, número 6 de Segovia, de 22 de junio de 2011, confirmando íntegramente la resolución recurrida; la parte recurrente pretende que se siga investigando un presunto delito de coacciones, fundamentando sus pretensiones en la doctrina del acoso inmobiliario. Para la Audiencia Provincial: «El hecho de que la abuela del menor tenga en su poder un juego de llaves del inmueble que, al parecer, aquél ha heredado de su padre, llaves que en su día le fueron dadas por el difunto habida cuenta que convivía con la denunciada, y que no las entregue a la denunciante, en absoluto constituye indicio suficiente de la comisión de un delito de coacciones, tampoco en el subtipo regulado en el párrafo tercero del artículo 172. 1 del CP. Ni se ha ejercido *vis* física o psíquica por parte de la denunciada —o al menos nada se dice al respecto en la denuncia—, ni mucho menos se está impidiendo al menor el ejercicio de su supuesto derecho de propiedad o del legítimo disfrute de la vivienda. Al margen de que no se ha acreditado que la abuela esté usando la casa por sí misma, o la tenga arrendada a terceras personas, como titular dominical de la vivienda, le bastaría al menor (a su representante legal) con cambiar la cerradura para disfrutar plenamente y con exclusividad de su derecho dominical sobre el inmueble. Por lo que se refiere a la obligación que tienen juzgados y tribunales de proteger el superior interés del menor, esto es así siempre que tal interés sea el reflejo o consecuencia de un derecho subjetivo del que aquél sea titular y siempre dentro de los límites y bajo la regulación que establezca el propio Ordenamiento Jurídico que lo reconoce y ampara. Lo que no se puede pretender con la excusa de que así se protegen mejor los intereses de un menor de edad, es que un procedimiento criminal se dirija contra un tercero para así recuperar unas llaves, si no existen indicios de que el comportamiento desplegado por ese tercero constituye un ilícito penal». También el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, de 6 de diciembre de 2010, desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de Instrucción, número 6 de Valladolid, confirmando en su totalidad. En este caso se considera que los

En otras, sin embargo, los demandantes, en ocasiones, también apelantes, invocando un conjunto de actuaciones que supuestamente encajaban en el tipo de acoso inmobiliario, solicitaban una indemnización por responsabilidad extracontractual basada en unos perjuicios derivados de un tipo de conductas imputadas a varios vecinos como «en obstaculizaciones en el arreglo de la instalación eléctrica general (a pesar de reconocer a renglón seguido que todos votaron a favor de la reparación), el haber sido demandada (reconociendo también haber sido morosa en el pago de sus deudas, aunque reprochándolo a otros por «no haberse gestionado el cobro»), hasta negativas de saludos o actos de cortesía, etc.».

La Audiencia no los entiende probados debidamente pero sobre todo no los aprecia antijurídicos ni relacionados casualmente con el perjuicio que la apelante invoca, la ansiedad, como recoge la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete, de 23 de febrero de 2012, en la que se desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia apelada, del Juzgado de Primera Instancia, número 4 de Albacete, de 22 de octubre de 2010.

De ahí que podamos citar también después de la tipificación penal de este nuevo delito otros fallos de algunas Audiencias Provinciales²⁴, como el Auto de la

hechos denunciados no constituyen ni indiciariamente un supuesto de acoso inmobiliario. La querella se interpone pocos días antes de un juicio de desahucio por impago por parte de la querellante, aunque también es cierto que la propiedad no ha realizado obras de mantenimiento en el inmueble. En concreto se recoge: «Curiosamente, la querella se interpone unos días antes de que se celebre el juicio por desahucio por la tenencia de dos viviendas del aquí querellante. En cuanto al desahucio por impago, lo cierto es que, obran en la causa, documentos tendentes a acreditar que, el querellante, no ha abonado determinadas cantidades a las que está obligado, como luz, agua, limpieza, etc., y que, entre querellante y querellada, existe ya el procedimiento civil, instancia adecuada, en el que dilucidar si los impagos que pretende la querellada aquí, son tales o son pagos parciales, pero, en modo alguno, puede calificarse la no aceptación de determinadas cantidades, que la querellada considera no correctas, como violencia en las cosas, constitutiva de acoso inmobiliario. Como tampoco lo es el hecho de que no se afronten determinadas reparaciones a satisfacción del inquilino, cuando la propietaria tiene solicitado, en estos momentos, expediente de ruina, y cuando documenta en autos haber realizado actuaciones requeridas por la Administración respecto a la conservación y el saneamiento del edificio, cuestiones, en todo caso, a solventar en la vía contenciosa correspondiente, no en la penal». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de 9 de diciembre de 2012, desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados y apelantes, y confirma la sentencia de 3 de febrero de 2011, del Juzgado de Primera Instancia, número 10 de Valencia, por el que se declara resuelto el contrato de arrendamiento y condena a los demandados a desalojar el inmueble que ocupaban. Se trataba de un caso de impago de rentas, así como de un caso de cesión y subarriendo sin autorización. Por su parte, los demandados aducían la existencia de acoso inmobiliario por parte del arrendador.

²⁴ El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, de 30 de marzo de 2012, se desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado, con la finalidad de que se continúe estudiando si las conductas son una falta o se pueden considerar un delito de acoso inmobiliario, siempre que se logre demostrar el ánimo y la voluntad del denunciado de impedir el legítimo disfrute de la vivienda de los denunciados, como señala esta resolución: «Esta reiteración en la comisión de hechos presuntamente delictivos implican no una producción de independientes faltas, sino una unidad de acción y dolo que trasciende inicialmente al campo del delito, pudiendo llegar a constituir los delitos de coacciones, injurias, amenazas o daños, o un delito de acoso inmobiliario del artículo 172.1 del Código Penal si se acreditase que la intención del denunciado era el impedir el legítimo disfrute de la vivienda por parte de sus propietarios, los denunciados. Todo ello sin perjuicio de la posible comisión de un delito de falsedad de los artículos 395 y 396 del Código Penal.

La determinación concreta de los ilícitos penales a imputar deberá realizarse por las acusaciones, pública o particular comparecida en autos, no correspondiendo hacerlo ni a este órgano de apelación, ni en el presente momento procesal. Las funciones de fiscalización de esta Sala de Apelación son ahora el examinar si de las diligencias instructoras practicadas existen indicios bastantes para sostener la continuación del procedimiento por delito, conclusión a la que llegamos atendiendo a la reiteración de las denuncias, constando en todas ellas un actuar por el denunciado similar, cuando no idéntico, reiteración que excluye la comisión de un falta puntual de amenaza, coacción o daño. Por todo lo indicado procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y ahora objeto de examen, debiendo continuarse la instrucción de las presentes actuaciones por los trámites procesales previstos legalmente para las diligencias previas». Del mismo modo, también la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, en sentencia de 7 de junio de 2011, desestimó un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Cáceres, de 9 de diciembre de 2010, que tenía que ver con la demanda de resolución de un contrato de arrendamiento en el que finalmente se declara su resolución y se condena al demandado al desalojo del negocio que tenía arrendado, bajo pena de lanzamiento en caso de no hacerlo en el plazo establecido, en un inmueble que estaba en un estado de conservación un tanto malo, como lo demuestran los informes presentados en el juicio. Pues bien, el arrendatario tenía el negocio desocupado y sin actividad alguna desde hacía tiempo, y la parte actora pretende fundamentar su tesis en que el cierre del local de negocio obedece a una justa causa, esto es, a lo que califica como «acoso inmobiliario», alegando, esencialmente, que el inquilino hizo requerimientos verbales a la propiedad para que subsanara los defectos que presentaba el edificio al objeto de que pudiera ser ocupado y utilizado, que no era determinante que el local careciera de luz, agua o teléfono o que el demandado no estuviera dado de alta en el Colegio de Gestores o que llevara tiempo jubilado; y que, por tanto, la falta de utilización (o el cierre) del local arrendado respondía a una causa justa. Tal planteamiento, sin embargo, no se corresponde —a criterio de este Tribunal— con la realidad de los hechos, y, para ello es suficiente valorar las propias manifestaciones admitidas por la parte demandada apelante en su Escrito de Contestación a la Demanda, que no admiten atisbo alguno de interpretación; advirtiéndose, sin que el hecho abrigue género de duda alguno, por un lado, que la situación de abandono del edificio es incuestionable y apreciable sin ninguna dificultad con la simple visualización de los amplios reportajes fotográficos incorporados a las actuaciones; por otro, que el demandado abandonó, de manera consciente y voluntaria, el local de negocios con anterioridad a que la entidad actora adquiriera por contrato de compraventa el edificio, y pendiente de un acuerdo para el desalojo, donde —da la impresión— que solo faltaba la determinación del importe de la indemnización que hubiera de recibir el arrendatario. Es decir, el demandado abandonó el local, cerró el negocio, dejó de mantener actividad en el mismo y no volvió a utilizarse por propia voluntad libremente consentida, a la espera de alcanzar un acuerdo en cuanto al importe de la indemnización que, al parecer, se estaba pactando con los anteriores propietarios del inmueble, y, evidentemente, esta circunstancia no constituye causa justa alguna que justifique el cierre del local. No es razonable admitir que, ante la situación de completo abandono del inmueble, únicamente se hicieran requerimientos verbales al arrendador para que mantuviera el local arrendado en estado de servir para el uso al que se encontraba destinado, en la medida en que elementales normas de prudencia enseñan que, ante el estado físico del inmueble en su conjunto, incluido el del local de negocio arrendado —objeto de este Juicio—, lo lógico era que se efectuaran requerimientos escritos y fehacientes, sobre todo cuando la situación del inmueble afectaba a suministros esenciales y básicos como la electricidad, el agua o la telefonía, que aparecían cortados y dados de baja; por lo que es evidente que la causa de resolución del contrato invocada, ante el cierre voluntario del local de negocio por el arrendatario, resulta pertinente y autoriza la extinción de la relación arrendaticia». En otro fallo, en concreto en el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, de 12 de enero de 2009, en el que se estima parcialmente un recurso de apelación contra el Auto que decretó el archivo de la causa estudiada por el Juzgado de Instrucción Número 6 de Granada, de 16

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, de 19 de julio de 2011, en el que estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de fecha 29 de abril de 2010, dictado en las Diligencias Previas número 129/2008 del Juzgado de Instrucción número 31 de Barcelona, por el que se acordó el sobreseimiento de la causa. Revoca dicha resolución y dicta la continuación de la tramitación de las diligencias. En este caso, el demandante denuncia que el propietario del inmueble en el que hay tres inquilinos y dos tiendas, acosa a los vecinos con la intención de que abandonen el inmueble para derribarlo y construir un edificio nuevo. Denuncia el mal estado de conservación del inmueble, que es comprobado con informes técnicos y además sostiene que cuando el vecino los ve les dice que se tienen que marchar. El inmueble, según un informe de los técnicos del Ayuntamiento, no reúne unas buenas condiciones y así se señala en el Auto: «humedades, grietas que entrañan peligro potencial y no hay alumbrado en la escalera (las cajas están con los cables a la vista y desconectadas); el terrado tiene un hueco tapado con una tela asfáltica, solución increíble, a la patología de la humedad que se había detectado.

Por su parte el denunciado niega el acoso pero reconoce haber pactado con una promotora hacer obra nueva en los terrenos del edificio de autos y el colindante, también de su propiedad, afirmando que se han realizado las reparaciones necesarias para la conservación de la finca». La Audiencia remarca que la ausencia de obras de conservación por parte de la propiedad o que la mala conservación de las zonas comunes no son por sí constitutivas de un acoso inmobiliario, ahora bien, también reconoce que en este caso concreto, existen una serie de conductas activas, como lo son la falta de luz en la escalera por estar desconectadas las cajas, así como las manifestaciones del recurrente de que el propietario cada vez que le ve le dice que se tiene que marchar y que se busque otra vivienda, que sumadas a los indicios que existen de que la intención del propietario de no hacer obras de conservación en las zonas comunes se deben a su intención de que los inquilinos abandonen el inmueble, porque ha reconocido que ha entrado en negociaciones con una promotora para derribar y construir otro inmueble. Sólo declararon dos vecinos en el juicio, una vecina mayor de ochenta y cinco años a la que esa mañana del juicio visitó el propietario y dijo que no había acoso por parte del propietario, y un arrendatario de una tienda que no pudo opinar sobre el estado de conservación de las zonas comunes dentro del inmueble. Pues ante la declaración del resto de vecinos, considera la Audiencia que existen indicios de que los hechos sean constitutivos de un delito de coacciones del artículo 172 CP por lo que cabe continuar con la tramitación de la causa.

Otra resolución judicial de interés, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta, de 8 de marzo de 2011, que confirma en apelación la sentencia del Juzgado de Instrucción, número 45 de Madrid, de 16 de septiembre de 2010, que condenó a las arrendadoras de un inmueble por una

de junio de 2008, en las diligencias previas seguidas por presunto delito de usurpación de inmueble denunciado por una propietaria, al considerar que los que ocupaban la vivienda no eran los arrendatarios y se negaban a identificarse cuando en varias ocasiones y las correspondientes denuncias presentadas ante la Policía, ésta se personó en el inmueble y los ocupantes se negaron a identificarse. La parte demandada considera que existe acoso inmobiliario con tintes especuladores por parte de la propiedad. La Audiencia considera que estas alegaciones se deben estudiar, dado que como dice la demandante las denuncias previas han sido archivadas, por lo que deberá aportar toda la documentación y pruebas que tenga para estudiar este asunto, porque el conflicto con los ocupantes data de varios años.

falta de coacciones, por conductas que son una manifestación de acoso inmobiliario. En el caso de autos, las inquilinas pagaban su renta y los gastos de la comunidad, pero las arrendadoras no pagaban el resto de gastos comunitarios de electricidad que excedían del importe pagado por los inquilinos, lo que conllevó el corte de electricidad, provocando la falta de agua caliente. Los ocupantes de la vivienda eran gente mayor, con un contrato de arrendamiento que contenía una renta baja, por lo que les sería más difícil buscar una nueva vivienda o en caso de continuar habitando la actual, se les hizo más difícil el día a día en ese inmueble. Además como recoge la sentencia en su fundamento de Derecho número Cuarto: «Actuación que, sin perjuicio de las mayores o menores dificultades económicas que atraviesa la sociedad, está presidida por el propósito de que los inquilinos soporten unos mayores gastos no estipulados y hacerles incómoda su situación para provocar que acepten una subida del alquiler o desalojen el edificio». Además, aparte de decirles las arrendadoras que «si no están a gusto, que se marchen», continúa diciendo la sentencia: «ha habido una especulación inmobiliaria y cuando el paso del tiempo hace poco rentable la propiedad de un edificio por obligaciones previas asumidas, se incumplen éstas y se trata de imponer a los inquilinos una asunción de obligaciones que no les corresponden, creándoles incomodidad y perjuicio».

Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera, de 14 de julio de 2010, se desestima el recurso de apelación interpuesto por un inquilino contra el Auto de 20 de febrero de 2009, del Juzgado de Instrucción, número 1 de Murcia, por lo que se confirma dicha resolución. En el caso de autos, la Audiencia tiene que estudiar la existencia en base a la prueba practicada de si concurrían los elementos del delito de coacciones en su modalidad de acoso inmobiliario, por la combinación de elementos objetivos del tipo como subjetivos, la intención de la propiedad de que los inquilinos abandonaran el edificio, debido al estado ruinoso en el que se encontraba el inmueble con motivo de algunos siniestros ocurridos en el edificio, y la falta de mantenimiento por parte del arrendador. Para la parte apelante, existen suficientes indicios que demostrarían que el arrendador ha querido llevar al edificio a la declaración de ruina, para conseguir que los inquilinos abandonaran el inmueble, además de la ocupación ilegal de varias personas en el edificio, con la finalidad de provocar esta finalidad. La Audiencia Provincial mantiene que existen en la sociedad prácticas inmobiliarias de verdadero acoso contra los arrendatarios, que consisten en abandonar la finca para que se deteriore y los inquilinos se vayan del inmueble, y recobre el propietario la completa posesión del bien, sobre todo si existen inquilinos con rentas antiguas, aunque no es menos cierto que estas conductas requieren de una prueba compleja.

Y aquí diferencia la Audiencia entre las conductas activas o positivas, como cortar el suministro del agua o de la luz o cambiar la cerradura de acceso al inmueble, supuestos que han sido reconocidos como violencia sobre las cosas y que son perfectamente identificados como un delito de coacciones, de las conductas pasivas u omisivas, como sería el caso de autos, de una inacción o actitud pasiva que resulta más difícil de encajar en el delito tipificado en el artículo 172 CP. Habría que demostrar también la intención del supuesto acosador inmobiliario de provocar u originar el abandono, forzoso o voluntario, de los inquilinos, por lo que no valdrían meras suposiciones o conjeturas. Recuerda también la existencia de otros remedios existentes para los inquilinos que pueden ser solicitados a través de la vía civil y que el arrendador deberá llevar a cabo. Por lo que finalmente considera no probado este delito de coacciones, a pesar de constatar que

el inmueble se encontrara en un estado lamentable, y de probar la existencia de ocupantes ilegítimos, pero no se pudo demostrar que lo estuvieran amparados por la propiedad con la finalidad de provocar el abandono del resto de inquilinos²⁵.

En parecidos términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, en su Auto de 14 de mayo de 2010, que desestima el recurso de apelación contra el Auto de 26 de marzo de 2010 dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Donostia-San Sebastián, confirmando, por tanto, esta resolución. La Audiencia Provincial reconoce que en este caso el delito de acoso inmobiliario no existe como tal, sin embargo es consciente de que la especulación urbanística²⁶ está alcanzando unos niveles que es concebible que determinados propietarios realicen determinadas acciones y comportamientos que puedan provocar el cambio de voluntad en los inquilinos en principio opuestos y en contra

²⁵ Y así dispone en su Fundamento de Derecho tercero: «En definitiva, el delito de coacciones del artículo 172 CP exige la presencia de una conducta más o menos virulenta o agresiva, para las personas o las cosas, o un actuar directo del sujeto activo tendente a impedir que alguien pueda hacer lo que la ley no prohíbe u obligar a alguien a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, que debe venir acompañado necesariamente de la intención de querer restringir la libertad ajena con un acto ilícito que ha de valorarse desde la perspectiva de la normativa de la convivencia social y jurídica que preside dicha actividad. Y resulta, tal como hemos dicho, al margen del deterioro del inmueble y su estado lamentable, que no se ha demostrado una voluntad recalcitrante por parte de la propiedad para conseguir, en definitiva, el desalojo por la vía de hecho de los arrendatarios del inmueble en general ni el del apelante en particular que es lo que podría en su caso, con una prueba especialmente contundente que aquí no se da, configurar esa posible hipótesis de *mobbing inmobiliario*, aunque luego tendría que venir su encaje jurídico-penal que, en principio, no se presenta fácil a través del delito de coacciones. E incluso las principales conductas u omisiones que se reflejan en el recurso de apelación para intentar demostrar esa voluntad activa y decidida de los querellados para conseguir por la vía de hecho el desalojo del inmueble de los arrendatarios, en el supuesto de que sirvieran para configurar un delito de coacciones, habrían quedado fuera del presente procedimiento cuando dichos posibles actos u omisiones se concretan, principalmente, en el primer cuatrimestre del 2001, o en el 20 de abril de 2002, y resulta que la querella se presenta el 9 de diciembre de 2005 (sello de entrada del Registro General), es decir, transcurridos más de tres años desde su posible realización cuando el plazo de prescripción de este concreto delito es el de tres años desde la fecha de comisión (art. 131 CP en relación con el art. 172 CP)».

²⁶ En sentido parecido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de 10 de diciembre de 2010, en concreto, sobre la existencia en nuestra sociedad de conductas de verdadero acoso inmobiliario sobre todo cuando existen rentas antiguas, si bien es cierto que estas conductas requieren de una prueba compleja para que resulte probado el supuesto delito. En este caso, el Auto desestima el recurso de apelación contra el Auto de 14 de julio de 2010 del Juzgado de Instrucción, número 4 de Zaragoza, confirmando. La Audiencia Provincial recoge en este auto: «En este sentido, no ha conseguido acreditar a lo largo del procedimiento que el abandono que presentaba la finca fuera directamente provocado por los denunciados y propietarios del edificio con el específico fin de perjudicar los intereses de los arrendatarios o, lo que es lo mismo, con el de anteponer los propios intereses especulativos o egoístas sobre los intereses de dichos inquilinos y conseguir así un fácil y consecuente desalojo de los inquilinos legales por la vía de hecho. En definitiva, consideramos que no queda acreditado a título indiciario que los denunciados cortaran la luz de la escalera con el propósito denunciado, apareciendo dicha luz repuesta con posterioridad, lo que nos hace confirmar la resolución recurrida, con el apunte de que el sobreseimiento es provisional, lo que implica la posibilidad de reapertura de la causa en el caso de que apareciera alguna conducta coactiva por parte de los denunciados o la propiedad».

de resolver sus contratos de arrendamientos, pero que finalmente cambien de parecer y acaben abandonando el inmueble, pudiendo llegar a ser ilícitas (estas acciones y comportamientos) si se dan ciertos presupuestos, que recogió la resolución recurrida y que destaca también ésta.

En concreto, dice en su Fundamento de Derecho número Dos: «los elementos configuradores del delito de coacciones previsto y penado en el artículo 172 del Código Penal (1. Realización de una conducta violenta con intensidad tal como para ser delito, que tanto abarca a la intimidación como a la violencia en las personas y la fuerza en las cosas, con la finalidad de impedir a alguien hacer lo que la ley no prohíbe u obligar a alguien a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto; 2. Intención de restringir la libertad ajena; 3. Ilícitud de la actuación del agente, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad de éste). Por tanto, no cualquier actuación del arrendador que el arrendatario entienda que le dificulta el disfrute del bien arrendado se incardina en el citado ilícito penal, siendo preciso que concurren los elementos referidos». En definitiva, los hechos del caso no serían constitutivos de un delito de coacciones, pero recuerda que el arrendatario tiene mecanismos en la vía civil para defenderse y continuar disfrutando del local arrendado²⁷.

IV. REFLEXIONES FINALES: EL HOGAR Y EL DOMICILIO BASE DE LA FAMILIA Y DE SU INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

Las personas más vulnerables, en este caso los mayores que residen de un modo legítimo en su vivienda podrán estar más seguros jurídicamente, frente a actitudes especulativas de sus vecinos o arrendadores. Dichas conductas en muchos casos habrán conllevado el sufrimiento o el padecimiento de actitudes ahora calificadas penalmente de acoso inmobiliario, en definitiva, de un tipo de actitudes violentas con la finalidad de lograr y conseguir que desistan, y soliciten la resolución de su contrato de arrendamiento o que vendan su propiedad. En conclusión, que abandonen sus hogares y domicilios para así recuperar en otro inmueble la ansiada y perturbada tranquilidad en su hogar. Con estas figuras, serán ellos los que podrán optar entre irse o quedarse y que los acosadores les indemnicen o incluso que les sea impuesta una pena privativa de libertad.

El legislador ha sido consciente de ello, y ha tipificado este delito concreto de acoso inmobiliario en el que, afortunadamente, el fin no justifica los medios, y pretende velar por el legítimo uso y disfrute del vecino, que basado en título legal o contractual, resida en una vivienda y no vea perturbado este derecho por actitudes y actos, omisiones, coacciones, amenazas, agresiones, en definitiva, actos de violencia contra estas víctimas, que en muchos, por no decir, en la gran mayoría de los casos llevan muchísimo tiempo residiendo en ese inmueble y no quieren abandonarlo ante estas actuaciones ilegales.

Al inquilino o propietario que ve perturbada la paz en su hogar y vivienda podrá verse protegido tanto por la vía civil, a través de los distintos instrumentos con los que cuenta ya sea como arrendatario, obligando al arrendador a hacer reparaciones necesarias de conservación, a cumplir su parte del contrato, a exi-

²⁷ En este caso también había una serie de «ocupas» en el inmueble que se encontraba desprotegido debido a que la propiedad no había puesto medios en impedir el acceso y que se ocasionaran daños.

girle una responsabilidad contractual, o también solicitar si existen unos daños una indemnización basada en la responsabilidad extracontractual... Remedios que pueden ser solicitados en la vía civil aunque también y llegado el caso, ante unas conductas reiteradas de hostigamiento por parte de la propiedad o de otro inquilino con la finalidad de que abandone el inmueble o de que se lo venda en contra de su voluntad, también podrá ampararse en los nuevos artículos del Código Penal, relativos al acoso o *mobbing* inmobiliario. De modo que ambas vías, la penal y la civil, que tienen por finalidad la protección de estas personas que legítima y legalmente habitan en su domicilio o vivienda y se sienten acosadas en su lugar de residencia, forma parte del derecho aplicable a los supuestos que se acaban de describir, y que a la vista de la conflictividad judicial que produce, ha de ser tenida en cuenta.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid, 2005.
- CARUSO FONTÁN, V.: «El acoso inmobiliario como agravante del delito de coacciones y su posible incidencia en el concepto de violencia», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 25, septiembre de 2011, págs. 5 a 20.
- MEHLHOM, D.: «A Requiem for Blockbusting: Law, Economics, and Race-Based Real Estate Speculation», en *Fordham Law Review*, vol. 67, 1998, págs. 1145 a 1192. <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol67/iss3/4>
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Marcial Pons, 2011, 17.^a ed.
- MORETÓN SANZ, M. F.: «Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas», en *RCDI*, núm. 722, 2010, págs. 2957 a 2977.
- PONCE SOLÉ y SILVINA TOMÁS (coords.): *El Derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, en el Prólogo, Marcial Pons, 2008.
- RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «El blockbusting (una excrescencia legislativa más)», en *Diario La Ley*, núm. 7534, Sección Tribuna, de 23 de diciembre de 2010, año XXXI.
- SELIGMAN, A. I.: «Apologies to Dracula, Werewolf, Frankenstein: White Homeowners and Blockbusters in Postwar Chicago», en *Journal of the Illinois State Historical Society*, 94:1 (Spring 2001), págs. 70 a 95. <http://dig.lib.niu.edu/ISHS/ishs-2001spring/ishs-2001spring070.pdf>
- SPIEGEL GLASSBERG, S.: «Legal Control of Blockbusting», en *Urban Law Annual; Journal of Urban and Contemporary Law (Urb. L. Ann.)*, págs. 145 a 170, 1972 <http://digitalcommons.law.wustl.edu/urbanlaw/vol1972/iss1/10>
- TRILLA BELLART, C.: «La Ley del Derecho a la Vivienda: aspectos más destacados», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38, 2009, págs. 2 a 12.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.: «Del blockbusting al acoso inmobiliario», en *Noticias Jurídicas, artículos de Doctrina: Derecho Penal*, noviembre de 2006. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200611-99932364612094.html>
- «La impotencia de un legislador bienintencionado: el futuro delito de acoso inmobiliario», en *Noticias Jurídicas, artículos de Doctrina: Derecho Pe-*

nal, enero de 2010. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201001-5874236901472.html>

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de 9 de diciembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 13 de noviembre de 2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintinueve, de 11 de octubre de 2012.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal, número 9 de Barcelona, de 29 de junio de 2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, de 30 de marzo de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Segunda, de 23 de febrero de 2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección Primera, de 23 de enero de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección Primera, de 30 de diciembre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, de 30 de noviembre de 2011.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, de 19 de julio de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, de 7 de junio de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosexta, de 8 de marzo de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, de 7 de marzo de 2011.
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección Tercera (Penal), de 1 de febrero de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta, de 26 de enero de 2011.
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Diecisiete, de 30 de diciembre de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de 10 de diciembre de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, de 6 de diciembre de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera, de 14 de julio de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, de 14 de mayo de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4, de 25 de marzo de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Dieciocho, de 22 de febrero de 2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de 13 de enero de 2010.

- Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, de 12 de enero de 2009.
- Sentencia del Juzgado de Penal, número 2 de Bilbao, de 14 de noviembre de 2008.
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, de 22 de septiembre de 2008.
- Auto del Juzgado de Instrucción, número 6 de Getxo, de 19 de agosto de 2004.

RESUMEN

PRIVACIÓN DE VIVIENDA HABITUAL HOSTIGAMIENTO INMOBILIARIO RESPONSABILIDAD CIVIL

En los supuestos en que concursan diversas actuaciones entre vecinos de un inmueble realizadas con la deliberada intención de expulsar o lograr el abandono de las víctimas de estos actos de sus propias viviendas, el Derecho contempla varios tipos penales con los que evitar dichas conductas punibles. Téngase en cuenta que no faltan casos en que el conflicto subyacente se enraíza en un viejo contrato de alquiler de renta antigua o de escasa cuantía; en otros son intereses especulativos de los titulares de la vivienda alquilada, que ante la negativa de sus inquilinos a abandonarla voluntariamente, fuerzan la situación recurriendo a métodos, cuando menos, de dudosa legalidad; asimismo se han ventilado procedimientos en que unos propietarios pretenden provocar el abandono de otros copropietarios y vender el inmueble a un precio ventajoso. En ocasiones, estos actos y hechos, como tendremos ocasión de constatar a la luz de la jurisprudencia, tienen como víctimas a colectivos especialmente vulnerables. En suma, la paz social que debería reinar en el domicilio personal, y en las relaciones vecinales, se ve perturbada por estas actuaciones y agresiones contra el patrimonio, con cortes en los suministros eléctricos o del agua, o contra las personas mediante insultos y vejaciones provenientes de otros vecinos. Sin embargo, desde el año 2010, ha sido tipifi-

ABSTRACT

OUSTING FROM ONE'S HOME HARASSMENT OF TENANTS CIVIL LIABILITY

When the residents of a building engage in activities with the deliberate intent of expelling or forcing a person out of his or her home, they are performing acts that are punishable by law. The law has several categories into which it classifies the harassment of tenants. There is no lack of cases in which the underlying conflict is rooted in an old lease, under which the tenant pays very little rent; in other cases, landlords who entertain speculative interests but whose tenants' refuse to leave willingly fall back on methods of doubtful lawfulness, to say the least, in an attempt to force the situation. Still other proceedings have been brought in court against flat owners who have attempted to provoke the owners of other flats in the same building into leaving, so the building can be sold at a fine price. Sometimes, as we will see in the light of case-law, the victims of these acts and events belong to especially vulnerable collectives. Peace should reign in the home and in one's relations with one's neighbours. Peace is disturbed, however, when aggressive action is taken against a tenant's assets, such as cutting off a tenant's power or water or insulting and offending one's neighbours. Since 2010 the Spanish Penal Code has defined «harassment of tenants» as a punishable deed, so there is an ad-hoc regulation aimed at providing a specific, particular channel

cado en nuestro Código Penal el «acoso inmobiliario», teniendo por tanto una regulación ad hoc con la finalidad de que sean perseguidas y enjuiciadas de un modo concreto y particular y de esta manera, sus víctimas puedan ser resarcidas mediante la responsabilidad civil dimanante del tipo penal.

for prosecuting and trying the persons responsible for such behaviour, so that their victims can receive recompense through claims for civil liability in criminal court.

1.7. Concursal Civil

LAS SENTENCIAS DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y DE 14 DE MARZO DE 2013, Y LA INMINENTE REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELATIVA AL SISTEMA HIPOTECARIO Y AL MERCADO HIPOTECARIO.—II. LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y DE 14 DE MARZO DE 2013: 1. LA STJUE DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE SU DOCTRINA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INTERESES MORATORIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 2. LA STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013 Y SU DOCTRINA EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL Y AL CONCEPTO DE DESPROPORCIÓN EN CLÁUSULAS INDEMNIZATORIAS IMPUESTAS AL CONSUMIDOR: A) *El planteamiento de la cuestión prejudicial*. B) *Las conclusiones de la Abogada General*. C) *El escrito del CGAE para la solicitud de la suspensión inmediata de los procedimientos de ejecución hipotecaria*. D) *El documento «Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles»*. E) *La resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013*. 3. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LAS SSTJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y 14 DE MARZO DE 2013. 4. IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE EN SU SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2013 EN LA RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—III. EL TEXTO LEGISLATIVO PROPUESTO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR: 1. ¿RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS? 2. EL PROBLEMA DE LA DEUDA REMANENTE TRAS LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA RELATIVA AL SISTEMA HIPOTECARIO Y AL MERCADO HIPOTECARIO

La legislación referente al sistema hipotecario español y al mercado hipotecario ha sido y es muy numerosa. Además de la regulación contenida en el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, y su Reglamento, de 14 de febrero de 1947, en el Código Civil y la LEC de 2000, cabe señalar, fundamentalmente, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, pieza clave de la regulación de aquél, que fue desarrollada reglamentariamente mediante el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo. Este Real Decreto fue modificado mediante el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto¹, que adaptó sus previsiones a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

¹ Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, por el que se modifican determinados artículos del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

En palabras de la Defensora del Pueblo, la Ley 2/1981 fue «fruto de los “Pactos de la Moncloa” de 1977 y surgió para remover los obstáculos jurídicos y administrativos que se oponían a un mercado amplio de hipotecas y para proponer la regulación de fondos de inversión inmobiliaria que tomaran como activo las hipotecas sobre inmuebles. Se pretendía, por tanto, modernizar el sistema financiero de la época. En ella se regulan pormenorizadamente los títulos hipotecarios como vía eficiente para movilizar los préstamos hipotecarios. La principal característica de esta Ley de 1981 es la concepción del mercado hipotecario como un auténtico sistema integrado, tratando las siguientes materias: entidades financieras que pueden operar en el mercado; operaciones activas; características de los créditos hipotecarios; operaciones pasivas: cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; régimen fiscal, financiero y de control administrativo, y mercado secundario de títulos»². En 1981 se inició también el proceso de liberalización de los tipos de interés y de las comisiones, que culminó con la Orden de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y de comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de depósito, luego derogada por la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. Aquella norma dispuso la creación en el Banco de España de un Servicio de Reclamaciones³.

Interesa destacar también la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que establece dos posibilidades para intentar mejorar las condiciones de los préstamos hipotecarios: la novación objetiva del préstamo pactada con la entidad bancaria acreedora y la subrogación, consistente en trasladar la hipoteca a otra entidad.

Tanto la Ley 2/1981, como la Ley 2/1994, fueron modificadas por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

Esta Ley hizo ya entonces especial hincapié «respecto de la contratación de créditos y préstamos hipotecarios... en la transparencia que debe regir sus condiciones financieras. Asimismo, se establece una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes, a fin de asegurar que estos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispongan de los datos más relevantes sobre sus características para la obtención de una opinión fundada. Esta previsión legal viene recogida en una nueva letra h), en el apartado 2 del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito»⁴. De conformidad con la Disposición Final 8.^a de la Ley 41/2007, de 7

² DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*. Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, pág. 17.

³ *Op. cit.*, pág. 32. «La aparición en España de un servicio encargado de la resolución de los conflictos entre las entidades financieras y sus clientes se encuadra dentro del proceso de liberalización de los tipos de interés y de las comisiones». ...[La Orden de 3 de marzo de 1987] «dispuso la creación en el Banco de España de un Servicio de Reclamaciones, encargado de recibir y tramitar las reclamaciones que pudieran formular los clientes de las entidades de depósito sobre las actuaciones de estas que pudieran quebrantar las normas de disciplina, o las buenas prácticas y usos bancarios en las operaciones que les afectasen, facultando al Banco de España para regular su organización y funcionamiento, y ordenando el inicio de sus actuaciones el 1 de septiembre de 1987» (*Ibidem*).

⁴ *Op. cit.*, pág. 18.

de diciembre, se dictó el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, que derogó el Real Decreto 685/1982.

Con anterioridad, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de reforma económica (art. 19), había establecido la previsión de que «las entidades de crédito informen a los deudores hipotecarios, con préstamos a interés variable, sobre los instrumentos, productos, o sistemas de cobertura de riesgo de incremento de los tipos, que tengan disponibles, sin que la contratación de la cobertura varíe el contrato de préstamo. Las entidades están obligadas a ofrecer estos productos de cobertura a los nuevos clientes que contratasen un préstamo hipotecario a tipo de interés variable. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se tienen que hacer constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos, previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de los préstamos hipotecarios».

En cuanto a la regulación original de la tasación inmobiliaria se contenía en el artículo 7 de la Ley 2/1981, desarrollado por el Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación. *Dicho régimen fue modificado por la Ley 41/2007. Esta Ley trató de reforzar la independencia de las entidades de tasación a través de la exigencia de un reglamento interno de conducta destinado a prevenir los conflictos de interés y de una Comisión Técnica encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos de independencia establecidos por el citado reglamento*⁵. También el Real Decreto 716/2009, modificó en algún aspecto el Real Decreto 775/1997, que se encuentra vigente.

Además de las normas mencionadas, *existían otras disposiciones protectoras de los consumidores de servicios financieros*. Fundamentalmente, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. A raíz de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dicha Ley fue modificada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, de 13 de abril⁶, que transpuso la Directiva y añadió una Disposición Adicional 1.^a a la LGDCU para introducir la lista de cláusulas abusivas indicadas en la Directiva y otras. Además, la Ley 7/1998, procedió a regular todo lo relativo a las Condiciones Generales de la Contratación. La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modificó la LGDCU y previó en su Disposición Final 5.^a la elaboración de un Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que sustituye a la vieja LGDCU y ha sido recientemente reformado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

También hay que mencionar la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, dictada por el Ministro de Economía y Hacienda en desarrollo de la LGDCU. Esta Orden fue complementada por la Or-

⁵ *Op. cit.*, pág. 23.

⁶ Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (registro previsto en el art. 7 de la Directiva) y por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la LCGC.

den de 5 de mayo de 1994, de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que tenía la finalidad primordial de garantizar la adecuada información y protección de quienes concertasen préstamos hipotecarios. Según la Defensoría del Pueblo, esta norma «presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad las condiciones financieras de los préstamos. La orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende facilitar la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, suscritos por personas físicas, con cuantía inferior a 25 millones de pesetas (150.253,03 euros)»⁷.

A la normativa dicha debía añadirse la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que regulaba los tipos de interés, comisiones, publicidad y normas de actuación con la clientela, así como la organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Igualmente, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que dedicaba su artículo 40 a la información previa a la formalización de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda, recogiendo además, la libre designación de notario ante quien se vaya a otorgar la correspondiente escritura pública. También, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, cuyo artículo 30 regulaba la presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Finalmente, la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Esta última Ley regula la contratación de préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito.

La publicidad financiera se rige en la actualidad por la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, desarrollada por la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.

En fechas más recientes se ha promulgado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dedica los artículos 29, 31 y la Disposición Transitoria Quinta a esta materia. «Así el artículo 29 regula la responsabilidad en el crédito y la protección de los usuarios de servicios financieros facultando al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo.

⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, op. cit., pág. 25.

El artículo 31 tiene por objeto la protección de clientes de servicios financieros a través de los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros y encarga a los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ejercer las funciones de protección a los usuarios de servicios financieros».

En cumplimiento de la habilitación prevista en el artículo 29 de la Ley, se ha dictado la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. «Esta orden trata de concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la dispersión normativa. ...La norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que introduce las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones»⁸. Esta Orden «sistematiza y actualiza la normativa anterior, recogida en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, teniendo en cuenta las previsiones recogidas en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 31 de mayo de 2011»⁹. De conformidad con esta Orden se ha dictado la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (que deroga la Circular 8/1990, de 7 de septiembre).

La Orden EHA/2899/2011 también deroga, con efectos de 29 de abril de 2012, la Orden de 12 de diciembre de 1989. Igualmente, su Disposición Transitoria 5.^a mantiene la aplicación *transitoria* del procedimiento previsto en los artículos 7 a 15 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero (que deroga), por el que se aprobó el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros¹⁰. De manera que en la actualidad la Orden

⁸ *Op. cit.*, págs. 29 y 30. «El nuevo marco legal fijado por la Orden EHA/2899/2011 incide en la educación financiera, obligando a las entidades a poner a disposición de los clientes la “Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario” que debe elaborar el Banco de España, con información adecuada para adoptar la decisión de contratar o no el préstamo hipotecario. Además existen formatos de fichas informativas que deben entregarse a los clientes con información general y personalizada. Se mantiene el derecho del cliente a obtener una oferta vinculante y se regula, como novedad [*sic*], la información a suministrar en caso de que la oferta del banco incluya *productos de cobertura o cláusulas suelo*». En el acto de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario mantiene la función del notario como asesor técnico del cliente, quien debe comprobar que ha recibido la información preceptiva y advertir de los principales riesgos que se asume en la operación» (DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, *op. cit.*, págs. 30 y 31).

⁹ *Op. cit.*, pág. 54.

¹⁰ De acuerdo con el derogado Real Decreto 303/2004, la finalidad del Servicio de Reclamaciones es *recibir y tramitar las quejas y reclamaciones formuladas por los usuarios de los servicios bancarios prestados por las entidades de crédito autorizadas a operar en el territorio nacional, así como por los usuarios de los servicios de las sociedades de tasación, y realizar una labor de asesoramiento financiero mediante la resolución de consultas de carácter general*. El Comisionado que preveía el texto legal, nunca llegó a nombrarse, siendo abandonada la idea de tal institución, por la Ley 2/2011. El Servicio ha sido un «*órgano*

EHA/2899/2011, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, así como la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (dictada de conformidad con el artículo 31 de la Ley de Economía Sostenible y el artículo 30 de la Ley 44/2002), regulan la organización y funcionamiento del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

En fechas recientes se ha publicado también el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero¹¹, el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos; la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la Orden ECC/371/2013, de 4 de marzo, por la que se modifica la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

Igualmente, se ha promulgado la Ley 26/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que traspone la Directiva 2008/48/CEE y deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo.

Para mejorar la situación de los deudores hipotecarios afectados por la crisis económica y el pinchazo de la burbuja inmobiliaria, se han dictado: el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, que estableció las condiciones básicas para acceder a la línea ICO-Moratoria Hipotecaria, «consistente en el aplazamiento temporal y parcial en la obligación de pago del 50 por 100 del importe de las cuotas hipotecarias del periodo comprendido entre 1 de marzo de 2009 y 28 de febrero de 2011. Esta medida prevé la concesión de un máximo de 500 euros mensuales a favor de determinados colectivos y exige un acuerdo previo entre la entidad prestataria y el deudor hipotecario»¹²;

carente de funciones ejecutivas y ejecutorias, por lo que las actuaciones e informes que emite no tienen la consideración de actos administrativos, no siendo susceptibles de recurso alguno» (op. cit., págs. 32 a 34).

¹¹ Esta Ley ha sido desarrollada por la Circular 8/2012, de 21 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre bases de datos de activos transferibles a las sociedades previstas en el capítulo II de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

¹² DEFENSOR DEL PUEBLO, *Crisis económica y deudores hipotecarios*, op. cit., pág. 39. Se indica también: «esta línea de ayuda estaba dirigida a trabajadores por cuenta ajena en situación de desempleo y a trabajadores por cuenta propia en situación legal de desempleo u obligados a cesar en la actividad, siempre que mantuviesen esta situación durante un período mínimo de tres meses con anterioridad al momento de la solicitud. También abarcaba a aquellos deudores hipotecarios que, siendo trabajadores por cuenta propia, acreditasen que sus ingresos no superaban el 300 por 100 del importe mensual del IPREM durante al menos tres meses. Por último, podían ser también beneficiarios los pensionistas de viudedad que acreditasen que el fallecimiento había ocurrido tras concertar el préstamo hipotecario y con posterioridad al 1 de septiembre de 2008. Para acceder a la Línea ICO-Moratoria Hipotecaria el solicitante, además de encontrarse en alguna de las situaciones descritas, debía cumplir los siguientes requisitos: importe del préstamo inferior a 170.000 euros de capital inicial; la fecha de concertación del préstamo anterior al 1 de septiembre de 2008; estar destinado, exclusivamente, a la adquisición de la vivienda habitual, y no haber incurrido en

el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, y la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (normas que han reformado la LEC); el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Algunas de estas normas para la mejora de la situación de los deudores hipotecarios se han caracterizado por no ser normas de Derecho General, sino por constituir privilegios, esto es, una disposición normativa «dictada en beneficio de cierta clase de personas, cosas, relaciones, etc...». Siendo el privilegio «norma jurídica favorable (para los *privilegiados*), por *concesión de ventajas o exención de cargas*; constituyendo Derecho especial, excepcional o particular»¹³. Pienso que esta forma de legislar puede propiciar situaciones de discriminación hacia los colectivos no privilegiados y lesionar el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley (art. 14 CE¹⁴), por no atender a los elementos *objetivos* del problema jurídico a solucionar, sino a los *subjetivos* que concurren en determinadas personas que lo padecen. Ello propiciaría, a mi juicio, *que determinados sectores de la población fuesen los que siempre soportasen todo el peso de la carga social comunitaria*.

Por otro lado, examinada esta enumeración de la normativa habida en España en relación con el sistema hipotecario y la protección del consumidor, antes y después del estallido de la burbuja inmobiliaria, cabe preguntarse si esta proliferación legislativa es razonable y conveniente; *si verdaderamente las normas ya existentes son cumplidas o no lo son, y, en este caso, por qué los poderes públicos no reaccionan frente al incumplimiento; si las normas son útiles y verdaderamente buscan conseguir el fin que manifiestan proponerse; y si las sucesivas reformas son verdaderamente reformas que atajan los problemas existentes, o si solamente son un instrumento político utilizado para manifestar una voluntad de cambio y de solución, difícilmente presente*. Estas reflexiones nos llevan a preguntarnos si la nueva reforma legal del sistema hipotecario y del mercado hipotecario, que se encuentra en ciernes y que tendrá que dar respuesta a las cuestiones planteadas por las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 marzo de 2013 (que analizaremos a continuación) será una solución definitiva al problema planteado por la expansión y posterior pinchazo de la burbuja inmobiliaria, y si evitará que en el futuro vuelvan a repetirse situaciones como las que desgraciadamente ha atravesado y atraviesa nuestra patria, inmersa en una crisis, sobre todo espiritual, pero también material, sin precedentes.

mora a la fecha de la presentación de la solicitud. El aplazamiento de las cuotas se tenía que instrumentar a través de un contrato firmado entre el cliente y la misma entidad de crédito con la cual estuviese formalizada inicialmente la hipoteca, manteniendo la vigencia y condiciones establecidas del préstamo inicial» (*Ibídem*).

¹³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, 15.ª ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002, págs. 33 y 34.

¹⁴ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... cualquier... condición o circunstancia personal o social».

II. LAS RECIENTES SENTENCIAS DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y DE 14 DE MARZO DE 2013

1. LA STJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012, Y LA POSIBLE APLICACIÓN DE SU DOCTRINA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE INTERESES MORATORIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El 28 de mayo de 2007, el señor Calderón Camino suscribió un contrato de préstamo por importe de 30.000 euros con la entidad financiera Banesto, para la adquisición de un vehículo. El interés retributivo fijado era del 7,950 por 100, el TAE del 8,890 por 100 y el interés de demora del 29 por 100. Si bien la fecha de vencimiento del contrato era el 5 de junio de 2014, Banesto lo dio por vencido anticipadamente, ya que en septiembre de 2008 no se habían abonado siete cuotas de amortización mensuales. Banesto presentó el 8 de enero de 2009 ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, una demanda de juicio monitorio en reclamación de 29.381,95 euros, correspondientes a las cuotas mensuales impagadas, más intereses y costas. El 21 de enero de 2010, el Juzgado dictó *un auto en el que constataba que el contrato controvertido era un contrato de adhesión y declaraba de oficio*, tomando en consideración el EURIBOR, el tipo de interés del BCE y el hecho de que el interés de demora sobrepasaba el interés retributivo en más de 20 puntos, *la nulidad de pleno derecho de la citada cláusula de intereses moratorios por estimarla abusiva, fijando el interés de demora en un 19 por 100, basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, requiriendo a Banesto para que procediera a un nuevo cálculo del importe de los intereses.*

Hay que tener presente que el procedimiento monitorio es un procedimiento que permite al acreedor cobrar rápidamente sus créditos. Se inicia con una demanda redactada mediante un formulario a la que se acompaña documento acreditativo de deuda pecuniaria de hasta 250.000 euros, vencida, líquida y exigible. Si los documentos aportados con la demanda fueran de los previstos en el artículo 812.2 de la LEC o constituyeren, a juicio del Tribunal, un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquélla, se requerirá al deudor para que en el plazo de 20 días, pague o comparezca ante el Tribunal y alegue en escrito de oposición las razones por las que, a su entender, no debe la cantidad reclamada, apercibiéndole de que de no pagar, ni formular oposición, se despachará contra él ejecución por la cantidad adeudada. Es evidente que el plazo de oposición es muy breve, y que la oposición es cara, pues si la deuda es de más de 900 euros, el deudor necesita abogado. *Todo ello puede disuadir al deudor de formular oposición. De manera que el profesional podría evitar a través de este procedimiento el control de cláusulas abusivas.* Ello es lo que debió pensar el Juzgado número 2 de Sabadell, y por ello, en Auto de 21 de enero de 2010, verificó un control de oficio de la nulidad de la cláusula que establecía los intereses moratorios y procedió a la integración del contrato, en aplicación del artículo 83 del TRLGDCU.

Contra dicha resolución, Banesto interpuso recurso de apelación ante la AP de Barcelona, alegando que el Juzgado no podía en esa fase del proceso ni declarar de oficio la nulidad de la cláusula, ni modificar dicha cláusula. La Audiencia Provincial, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales. En concreto, la Audiencia Provincial planteó si era contrario al Derecho de la UE que un órgano judicial esperara a la iniciativa

de la parte deudora (mediante la oportuna oposición procesal) para pronunciarse sobre la nulidad de una cláusula de este tipo y cómo debía ser interpretado el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, teniendo presente el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor»¹⁵. Si bien fueron planteados cuatro interrogantes más, esas cuestiones prejudiciales 3.^a a 6.^a fueron inadmitidas a trámite por el TJUE, limitándose a contestar a las dos primeras antes señaladas.

En relación con la primera cuestión, el TJUE señala en su sentencia de 14 de junio de 2012 que «el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello...». En el caso de autos se trata de definir las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumben al juez nacional, en el marco de un proceso monitorio, antes de que el consumidor haya formulado oposición. En este ámbito, indica el Tribunal «un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13...

En efecto, habida cuenta de la configuración general, desarrollo y peculiaridades del proceso monitorio, ...existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen.

De este modo, bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho

¹⁵ El artículo 6 de la Directiva 93/13 establece lo siguiente:

- «1. Los Estados miembros establecerán que *no vincularán al consumidor*, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, *si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad».

nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13...

En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos.

A la luz de las precedentes consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición».

Ahora bien, declarada la nulidad de la cláusula que establece un interés moratorio abusivo, la cuestión es cómo debe aplicarse el artículo 83 TRLGDCU, que determina la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Éste era el contenido de la segunda cuestión prejudicial planteada. Según el TJUE, hay que remitirse a la letra del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y su finalidad. Si bien dicho artículo «reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor»». «...Del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible...

En este contexto es preciso señalar que, ...si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores..., en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección.

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no puede entenderse en el sentido de que permite, ...que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor».

El TJUE concluye afirmando que «a la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

A la vista de esta doctrina, pudo formularse la cuestión de si la misma, *mutatis mutandi*, podría ser predicada del procedimiento de ejecución especial hipotecaria, teniendo presentes los artículos 695 a 698 de la LEC, que no prevén la posibilidad de plantear oposición en este procedimiento por existencia de cláusulas abusivas.

Lo cierto es que a raíz de esta sentencia, los jueces decanos, en un documento denominado «Conclusiones de los Jueces Decanos sobre la Ley Hipotecaria», han señalado: «la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de junio de 2012, dictada como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por la AP de Barcelona, permite al juez español apreciar de oficio y en cualquier fase del procedimiento la nulidad de una cláusula incorporada a un contrato celebrado con un consumidor, cuando considere que el interés de demora pactado es abusivo, sin que quepa su moderación o integración. En consecuencia, esta innovadora sentencia pone en manos de los jueces un instrumento muy poderoso para el control de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que los jueces debemos de tener muy en cuenta en el actual contexto socioeconómico. Los jueces decanos instamos la convocatoria de juntas sectoriales para que, en su caso, se establezcan criterios uniformes para su aplicación» (TOL 2.671.614).

Uno de tales criterios a establecer sería precisamente el relativo a si la doctrina sentada por el TJUE en dicha sentencia debería ser o no aplicada, *mutatis mutandi*, al procedimiento de ejecución hipotecaria. Sobre esta cuestión se pronunció el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia, número 13 de Málaga, de 20 de noviembre de 2012.

La entidad Banco CAM presentó demanda de ejecución hipotecaria con base en escritura pública de 8 de agosto de 2008, de préstamo hipotecario, frente a don Agustín y doña Teodora, en calidad de prestatarios, y frente a la entidad mercantil ALESTVEPAL, S. L., en calidad de tercer poseedor, solicitando el despacho de la ejecución por cantidad de 372.865 euros, de las que 366.364,21 correspondían al principal, 5714,99 correspondían a intereses remuneratorios y 785,80 correspondían a intereses de demora, más los intereses de demora que se devengasen desde el 4 de abril de 2012, fecha de liquidación de la deuda, hasta el total pago del débito y las costas y gastos que se causen en el procedimiento, que se presupuestaban de conformidad con el artículo 575.1 LEC, inicialmente, en 111.500 euros. En relación con los intereses moratorios pactados en el contrato, el Juzgado declaró nula de pleno derecho dicha cláusula por ser abusivo el interés moratorio pactado del 25 por 100. Procediendo a despachar ejecución por las siguientes cantidades: 366.364,21 de principal, más 5714,99 euros devengados de intereses remuneratorios, más 111.500 euros presupuestados provisionalmente para intereses moratorios procesales y costas, sin perjuicio de su ulterior liquidación.

El Juzgado fundamentó su resolución sobre los argumentos siguientes:

«La STJCE, Sala 4.^a, de 4 de junio de 2009, en respuesta a la consulta relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas de contratos celebrados con consumidores, declara que: «El artículo 6, apartado 1 de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que a este respecto no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula», debiendo «el juez nacional examinar de oficio el carácter abusivo tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello», de tal manera que «cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone; obligación que le incumbe en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».

La STJCE, Sala 1.^a, de 14 de junio de 2012, en relación con la primera cuestión de prejudicialidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en un procedimiento de juicio monitorio instado por una entidad financiera, de si, ¿es contrario al Derecho comunitario, en especial respecto al Derecho de los consumidores y usuarios, que un órgano judicial nacional eluda pronunciarse de oficio y *ab limine litis* y en cualquier fase del proceso, sobre la nulidad o no y la integración o no de una cláusula de intereses moratorios (en este caso del 29 por 100), en un contrato de préstamo al consumo? ¿Puede el tribunal optar, sin alterar los derechos del consumidor de la legislación comunitaria, por diferir el posible análisis de tal cláusula a la iniciativa de la parte deudora (mediante la oportuna oposición procesal)?, tras los correspondientes razonamientos y cita de diversas sentencias anteriores dictadas por dicho Tribunal, resuelve la cuestión en los siguientes términos:

1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

Y respecto a la segunda cuestión de prejudicialidad también planteada por la AP de Barcelona de si a la luz del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y artículo 2 de la Directiva 2009/22/CE, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (...) a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor»? tras los correspondientes razonamientos y cita de diversas sentencias anteriores dictadas por dicho Tribunal, resuelve la cuestión en los siguientes términos: *2. El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.*

Aun cuando la segunda de las sentencias dictadas se refiere a un procedimiento monitorio, las razones dadas en la misma para justificar el examen de oficio

del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora recogida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor *son trasladables a los procedimientos de ejecución hipotecaria, pues en estos no solo no existe tampoco posibilidad de examinar a lo largo del mismo el carácter abusivo de dichos intereses si no existe oposición, sino que incluso existiendo oposición tampoco sería ello posible al no estar recogido entre los motivos tasados de oposición del artículo 695 LEC*; y si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 698 de la LEC, ello pudiera ser alegado en un posterior juicio declarativo, la reparación de los perjuicios causados al consumidor se antojan de difícil reparación, pues de no haber podido hacer frente a la deuda, lo que en la práctica muchas veces ocurre por lo elevado de los intereses moratorios, conllevaría la pérdida del bien hipotecado, que podría haber pasado a un tercero de buena fe, y que no se olvide constituye en muchos casos la vivienda habitual del deudor.

De otra parte, ya con anterioridad a la citada sentencia del TJCE algunas Audiencias Provinciales habían declarado de oficio y al inicio de un procedimiento de ejecución hipotecaria, abusivos los intereses moratorios cuando el prestatario era un consumidor (Autos de 12 de enero de 2011, de la Sección 2.ª de la AP de Girona y de 20 de abril de 2012, de la Sección 3.ª, de la AP de Tarragona).

Es evidente que todo interés de mora, por su propia condición de cláusula indemnizatoria por el incumplimiento del deudor de la obligación, tiene que ser superior al ordinario pactado con carácter remuneratorio, pero en todo caso debe de guardar una cierta proporción, que lógicamente no se da cuando existe una diferencia muy sustancial entre el interés remuneratorio y de demora. En este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2012, de la Sección 21.ª de la AP de Madrid, consideró que una diferencia entre el interés remuneratorio y el moratorio de más de 14,84 era desproporcionado, esto es, abusivo; mientras que un diferencia inferior a 10 no tenía esta consideración.

Por tanto, siendo el interés legal del dinero aplicable al año 2008, fecha en que se celebra el contrato de préstamo hipotecario entre las partes litigantes, del 5,50 por 100 anual y oscilando el interés remuneratorio pactado entre el 3,144 por 100 y el 3,004 por 100, la cláusula sexta del préstamo, que establece un interés de demora del 25 por 100 anual se ha de considerar abusiva y por consiguiente nula de pleno derecho y no puesta (art. 10 bis de la LGDCU de 19 de julio de 1984, modificada parcialmente por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC, vigente en la fecha de celebración del contrato, y hoy arts. 82 y 83 del TRLGDCU), y dado que no es posible integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (STJCE, Sala 1.ª, de 14 de junio de 2012), la consecuencia no puede ser otra que admitir a trámite solo la reclamación de 366.364,21 euros de principal, más 5.714,99 euros de intereses remuneratorios, más 11.500 euros presupuestados provisionalmente para intereses moratorios procesales y costas, sin perjuicio de su ulterior liquidación».

Esta resolución judicial abundaría en una línea jurisprudencial existente, a la que hace referencia el AAP de Tarragona (Sección 1.ª), de 10 de julio de 2012 (*pero corrigiéndola sobre la base de lo declarado por el TJUE, en cuanto a la imposibilidad de integrar el contrato*). Según dicho Auto, «cuando el prestatario sea consumidor, a los intereses moratorios son de aplicación las normas de protección de consumidores y usuarios, para examinar de oficio si son o no abusivos y, concretamente, la Ley de Crédito al consumo, que establece una norma definidora de qué puede considerarse abusivo. Aunque esta norma no sea aplicable directamente, si no se tratara de una cuenta corriente, cabe una aplicación analógica de la misma, como criterio orientativo en caso de aplicar

facultades moderadores para establecer los límites no abusivos de una cláusula de intereses moratorios.

La consecuencia será declarar, en su caso, el interés moratorio pactado como manifiestamente abusivo, y reducirlo.

Esta doctrina, en relación con los consumidores, se está imponiendo de manera que se acepta que puedan los Tribunales de oficio examinar si los intereses moratorios pactados son o no abusivos conforme a la normativa de protección de consumidores y usuarios. Resulta aceptada por la reciente STS, Civil, Sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2010, que declara abusivo el interés moratorio pactado del 29 por 100 anual en base al aplicable, por la fecha del contrato. Este criterio es seguido por otras Audiencias, como la de Gerona, que en sus acuerdos de fechas 30 de septiembre de 2005 y 14 de septiembre de 2009 ha establecido *el control de oficio de las demandas de juicio monitorio y ejecución de títulos no judiciales, incluidas las de ejecución hipotecaria, en lo que se refiere a la posible reclamación de intereses abusivos.*

Es también la doctrina seguida reiteradamente por este Tribunal, que ya se ha pronunciado sobre la posibilidad que tienen de oficio los Tribunales para examinar si los intereses pactados son, o no, abusivos, y la posibilidad de reducirlos de oficio examinando la legalidad de cualquier procedimiento judicial, incluyendo el hipotecario en el momento inicial al admitir a trámite la demanda de monitorio o de ejecución reduciendo los intereses moratorios abusivos». En igual sentido se pronunciarían las SAP de Valencia (Sección 7.ª), de 20 de abril de 2012 (AC 2012/954), la SAP de Valladolid (Sección 3.ª), de 22 de febrero de 2011 (AC 2011/938) y la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7296).

Ahora bien, existen resoluciones judiciales que se pronuncian en un sentido diferente, como el AAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 12 de julio de 2012. Según este Auto no cabe el control de oficio por el juzgador en el momento de la admisión a trámite de la demanda, del carácter abusivo de la cláusula que establece el interés de demora. La resolución recurrida en apelación, que inadmitía a trámite la demanda de ejecución hipotecaria plantada por Caixabank, S. A., consideraba que debía apreciarse de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, subsanando el desequilibrio entre consumidor y profesional, teniendo en cuenta la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre y el artículo 85.6 del TRLGDCU, que establece que son cláusulas abusivas las que imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumple con sus obligaciones. Para determinar el carácter abusivo del interés de demora pactado (20,50 por 100) tenía en cuenta lo dispuesto en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que establecería un límite aplicable al interés remuneratorio y al moratorio consistente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

La AP de Barcelona estima el recurso interpuesto por Caixabank, S. A. contra tal resolución, si bien sin hacer alusión a la STJUE, de 14 de junio de 2012. Señala:

«No se desconoce que la tesis mantenida en la resolución encuentra apoyo en resoluciones dictadas por la Audiencia de Gerona, así a modo de ejemplo, las de 20 y 23 de febrero de 2012, *mas no es lo sostenido por otras Audiencias, por ejemplo, Baleares de 10 de febrero de 2012 o de esta Audiencia de Barcelona, entre las más recientes, Auto de 8 de septiembre de 2011...*

Y en aquella citada de Baleares se decía: «El auto de primera instancia inadmite la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la entidad crediticia actora por entender el juez *a quo* que la doctrina sentada en la STJUE (Sala 1.ª)

de 26 de octubre de 2006, autoriza el control de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual lo que le permite calificar como abusiva la cláusula del contrato de préstamo garantizado con hipoteca en el que se establece un interés moratorio del 20,50 por 100 y ello en aplicación de las previsiones del artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 18 de noviembre... puesto en relación con el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo...

[Pero] esta Audiencia Provincial ya ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre supuestos análogos, teniendo sentada a partir del Auto de 18 de julio de 2011, la doctrina que a continuación se reproduce:

«SEGUNDO.—En el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el TJUE, en su sentencia de 4 de junio de 2009, en la cuestión prejudicial en el asunto C-243 (Pannon GSM Zrt contra Erzsébet Sustikné) no solo permite sino que impone el examen de oficio de la abusividad de cláusulas contractuales.

La STS de 1 de julio de 2010, haciendo suya dicha doctrina, señala que en el control de oficio de la abusividad no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias sino que puede extenderse, también a «las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la “economía del negocio”».

Ahora bien, dicha posibilidad de control de oficio del carácter abusivo de cláusulas contractuales *debe llevarse a cabo cuando sea procesalmente adecuado, ya que una cosa es que el control pueda hacerse de oficio y otra es que pueda llevarse a cabo en cualquier momento del devenir del proceso. Y es lo cierto que el artículo 555.1 de la LEC veda al juez cualquier posibilidad de analizar el fondo del asunto, al que pertenece la cuantía de la correspondiente demanda, debiendo limitar su examen a la regularidad formal del título, esto es, a comprobar que la resolución o título extrajudicial cuya ejecución pretende el acreedor reúne la condición de tal, a verificar que no se trata de una mera apariencia de título ejecutivo.*

TERCERO.—Pero además, el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 establece la obligación de integrar el contrato, una vez declarado el carácter abusivo de una determinada cláusula, estableciendo que “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva...”».

Siguiendo pues la doctrina de la AP de Baleares, la resolución que comentamos de la AP de Barcelona (Sección 4.ª) de 12 de julio de 2012, señala que la inadmisión *in limine litis* de la demanda ejecutiva, sin oír ni al acreedor hipotecario ni a los demandados, impide al juez cumplir con su obligación de integración; de manera que el juez *a quo*, siguiendo sus propias tesis, *no debió inadmitir, sino despachar ejecución pero por los intereses calculados al límite legal que él entendía de aplicación*. Concluyendo: «*Todo ello revela la improcedencia de inadmitir la ejecución, sin perjuicio de que los demandados puedan hacer valer sus derechos en el momento y trámite oportunos, y sin perjuicio del juez para intervenir de oficio en aquellos supuestos en que le esté permitido el conocimiento del fondo del asunto*». Ahora bien, cabe señalar que la cuestión radica en que no existe la posibilidad de examen a todo lo largo del procedimiento de ejecución hipotecaria del carácter abusivo de dichos intereses. Luego, en el fondo, la resolución remitía la cuestión a un juicio declarativo ordinario (art. 698 LEC). En la misma línea, el AAP de Ciudad Real (Sección 2.ª), de 24 de julio de 2007 (AC 2007/1861); AAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 9 de noviembre de 2006 (JUR 2007/224259); AAP de Barcelona (Sección 14.ª), de 2 de marzo de 2005 (JUR 2005/117236) y AAP de Barcelona (Sección 17.ª), de 24 de mayo de 2004 (JUR 2004/221219).

Resultaban evidentes, pues, las disparidades de criterio existentes entre órganos judiciales: control de oficio *in limine litis*, suprimiendo la cláusula de interés moratorio abusivo e integrando el contrato; control de oficio *in limine litis*, suprimiendo la cláusula de interés moratorio, y no integrando el contrato y control diferido al procedimiento declarativo del artículo 698 LEC¹⁶. Desde el punto de vista de la defensa jurídica del deudor hipotecario, el problema con que podía encontrarse éste radicaba en que no se produjese la apreciación de oficio por el juzgador de la nulidad de los intereses moratorios. En tal caso, pienso que el deudor podía alegar (en la ejecución ordinaria posterior, artículo 579 LEC) *pluspetición*, en la oposición por motivos de fondo a la ejecución de un título no judicial (arts. 557, 558, 560, 561 LEC). Parece ser que la doctrina y la jurisprudencia entienden por *pluspetición* los casos en que el acreedor incluye en la deuda cantidades no debidas (por ejemplo, comisiones, intereses no devenidos, etc.). No obstante, era posible que este camino no fuese seguro, pues en la opinión de DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ y VEGAS TORRES, ese modo de concebir la *pluspetición* es erróneo, ya que desnaturaliza el carácter tasado

¹⁶ Fuera del ámbito de la ejecución hipotecaria se ha discutido qué consecuencias debe tener la declaración del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios en contratos de adhesión a la luz de la STJUE de 14 de junio de 2012. El AAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2012 concluye, por su parte, que «al mantener la nulidad de la cláusula controvertida [de intereses moratorios], por abusiva, contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no realicemos proceso alguno de interpretación integradora, aunque la nulidad parcial del contrato (en cuanto a la cláusula controvertida) no afecta al resto de lo pactado (STS, Civil, Sección 1.ª, de 16 de mayo de 2000), ni a las previsiones legales. *Resurge, por ello, la general previsión legal para el caso de demora: el actor tiene derecho (porque lo pide) a la aplicación de los intereses de demora, que han de ser los legales desde el momento de la mora. Todo ello sin perjuicio de que, conforme al principio de restituto in integrum y si se solicita y se acredita debidamente, el acreedor pueda reclamar en otro pleito los daños y perjuicios que la mora le pueda haber producido*». Otras resoluciones han entendido que en este caso sólo proceden intereses procesales, pero sólo en los procesos declarativos, en las ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título no judicial sobre la base del argumento de que la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del artículo 816.2 in fine de la LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del artículo 576.1 LEC (El art. 576 señala: «1. Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley. 2. En los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto. 3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones de cualquier orden jurisdiccional que contenga condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas»).

Otra solución que se propone es entender que *se siguen devengando los intereses remuneratorios hasta que el acreedor cobre, porque durante todo ese tiempo de falta de pago, se está manteniendo la causa del devengo que es la disponibilidad del dinero por parte del deudor*. Ello supondría entender que el que se dé por vencido el plazo no supone una resolución del contrato, sino la exigencia de su cumplimiento (obligación del deudor de devolver el capital prestado), dejando sin eficacia el pacto de no exigibilidad en tiempo determinado (plazo). (JUECES PARA LA DEMOCRACIA, *Boletín de la Comisión de Privado*. 4.º trimestre, 2012, págs. 6 y 7). Existen, pues, criterios múltiples en cuanto a las consecuencias que tiene que tener para las partes, la apreciación de la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios.

de las excepciones oponibles por el deudor¹⁷. En todo caso, le hubiera quedado al deudor el recurso del artículo 562.1.3.º LEC, esto es, un escrito dirigido al Tribunal, que es un medio reservado para las infracciones causadas por actos concretos del proceso de ejecución, *cuando no exista resolución expresa frente a la que recurrir*¹⁸. Esto es, si la ilicitud de la ejecución la ha causado una *omisión (no apreciación de oficio de la nulidad de los intereses moratorios abusivos)* y no hay resolución judicial expresa frente a la que recurrir, cabía el recurso del artículo 562.1.3.º LEC, que señala: «Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el artículo 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución: ...3.º Mediante escrito dirigido al Tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad *la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada*» (en este caso, *la apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, por ser obligación del juzgador, según el Derecho interno y Comunitario su apreciación y no existir cauce específico de alegación por el deudor*). Este remedio, por regularse en el Título III del Libro III de la LEC, relativo a Disposiciones generales en materia de ejecución forzosa, hubiera podido ser utilizado tanto en el procedimiento de ejecución hipotecaria, como en la posterior ejecución ordinaria sobre todo el patrimonio del deudor (art. 579 LEC).

En todo caso, en esta situación ha venido a incidir profundamente la doctrina sentada por el TJUE, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, que explicamos a continuación.

2. LA STJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013, Y SU DOCTRINA EN TORNO AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOL Y EL CONCEPTO DE DESPROPORCIÓN EN CLÁUSULAS INDEMNIZATORIAS IMPUESTAS AL CONSUMIDOR

A) *El planteamiento de la cuestión prejudicial*

Esta sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona (Auto de 19 de julio de 2011). Las cuestiones prejudiciales se plantean cuando un juez nacional tiene que aplicar

¹⁷ En opinión de estos autores «debe entenderse que pluspetición se produce en aquellos casos en que el acreedor reclama la deuda (incluso aunque la reclame parcialmente) afirmando hacerlo tal y como la misma consta en el título ejecutivo y, sin embargo, reclama una cantidad mayor que la que consta en el título. Sólo hay pluspetición en el sentido del artículo 557.1.3.º LEC si, aceptando en hipótesis que el ejecutado le debe al ejecutante una deuda cierta, líquida y exigible, documentada en título ejecutivo, aun así habría que concluir que la cantidad debida es menor que la exigida en la demanda ejecutiva. Así, por ejemplo, se pueden producir casos de pluspetición en los numerosos supuestos en que la deuda sea líquida en sentido jurídico, pero esté necesitada de simples operaciones aritméticas de liquidación (por ejemplo, de intereses) y haya un error en su realización; o porque se incluyan en la cantidad reclamada conceptos no debidos o plazos aún no vencidos. Pero, *insistimos en que, so pena de desnaturalizar enteramente la ejecución de títulos extrajudiciales, no se puede alegar como pluspetición cualquier hecho que conduzca a que la cantidad debida sea menor*». DE LA OLIVA SANTOS, A.; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000, pág. 96.

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 85.

Derecho de la UE para emitir su fallo y tiene alguna duda sobre el alcance del Derecho de la UE. En tal caso, se dirige al TJUE solicitándole que lo interprete, mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial. Esta cuestión prejudicial no está prevista para controlar el Derecho interno de los Estados (si éste contraviene o no el Derecho de la Unión). Para ello existe el llamado proceso por incumplimiento. Pero en la práctica, la vía principal a través de la que se ejerce un control del Derecho interno son las cuestiones prejudiciales de interpretación del Derecho de la Unión Europea, pues, indirectamente, al señalar el TJUE si el Derecho de la UE debe ser interpretado de tal o cual manera, estaría poniendo de relieve que una legislación interna que manifestara lo contrario, sería opuesta al Derecho de la UE.

Los hechos que dieron lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial fueron los siguientes. El señor Aziz había suscrito con Catalunyacaixa un préstamo hipotecario con garantía sobre la vivienda familiar el 19 de julio de 2007, para cancelar otro anterior con otra entidad, que sirvió para la adquisición de dicha vivienda. El préstamo de 138.000 euros debía amortizarse en 33 anualidades, mediante 396 cuotas mensuales computadas a partir del 1 de agosto de 2007 y hasta el 31 de julio de 2040. Los intereses ordinarios se establecían del siguiente modo: hasta el 30 de enero de 2008, un interés fijo del 4,87 por 100 nominal anual. Desde el día siguiente, hasta la amortización total del préstamo, el tipo de interés nominal pasaría a ser variable (Índice Euribor + 1,10 por 100). Respecto de los intereses de demora, la condición financiera sexta establecía que la prestataria incurriría en mora automáticamente sin necesidad de intimación, si dejase de pagar a su vencimiento, incluso por vencimiento anticipado, cualquier cantidad debida por intereses o por amortización. Las cantidades respecto de las que se incurriese en demora producirían a favor del prestamista unos intereses a un tipo del 18,75 por 100, desde el día siguiente a aquel en el que se hubiese tenido que hacer el pago, hasta el día en que se hiciese efectiva la deuda, ambos incluidos. Dichos intereses serían liquidables día a día. Se establecía igualmente una cláusula de resolución anticipada por parte de la prestamista, que podía dar por vencido la totalidad del préstamo con anterioridad al plazo establecido, en caso de vencimiento de alguno de los plazos estipulados (parece, pues, que bastaba uno) y no cumplimiento por parte del deudor. En la cláusula 15.^a, bajo el epígrafe «ejecución hipotecaria», se establecía la tasación de la finca (194.400 euros); el domicilio a efectos de notificaciones; las vías judiciales que tenía la prestamista para reclamar judicialmente la deuda, incluida la ejecución hipotecaria; y el modo de determinar unilateralmente por la entidad prestataria la deuda exigible: *«sin perjuicio de la liquidez de las cantidades debidas, cualquier reclamación judicial de la deuda y, en especial, para el caso de ejecución, se pacta expresamente que Caixa Tarragona, junto con la presente escritura pueda presentar la liquidación que practicará en la forma convenida en este título para determinar la deuda mediante certificado oportuno que recoja la cantidad exigida»*.

La cláusula 11.^a, relativa a la constitución de la hipoteca, establecía que ésta cubría el capital prestado (138.000 euros), los intereses pactados de una anualidad y los intereses de demora hasta la cantidad máxima de 51.750 euros, más otros 13.800 euros en previsión de costas y gastos (en total, 203.550 euros). Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad personal del prestatario.

A partir de octubre de 2007, el señor Aziz se demoró en el pago de varias mensualidades. Debido al retraso, la Caja de Ahorros cargó los intereses de demora pactados. Desde el 31 de julio de 2007 —fecha del primer vencimiento del préstamo— hasta el 31 de mayo de 2008, el señor Aziz había satisfecho 1325,98

euros del principal prestado y 6.656.44 euros en concepto de intereses ordinarios e intereses de demora.

A partir de dicha fecha, el señor Aziz dejó de pagar las mensualidades de junio, julio, agosto y septiembre de su crédito que hasta entonces había venido pagando con mayor o menor regularidad. La Caja de Ahorros aplicó la cláusula de vencimiento anticipado del crédito. Mediante acta de determinación de deuda, se acredita notarialmente que de la documentación aportada y el contenido del contrato de préstamo la liquidación practicada el 16 de octubre de 2008 se ha realizado correctamente.

El 11 de marzo de 2009, la Caja de Ahorros inició un procedimiento de ejecución hipotecaria contra la vivienda familiar del señor Aziz. Éste no contestó a los requerimientos de pagos extrajudicial y judicial efectuados, ni se personó en forma en el procedimiento ni se opuso a la ejecución. Tampoco hizo uso de la posibilidad de enervar la ejecución prevista en el artículo 693.3 LEC. El 20 de julio de 2010 tuvo lugar la subasta del bien. Al quedar desierta, la entidad crediticia se adjudicó la vivienda por el 50 por 100 de su valor de tasación y el señor Aziz fue lanzado de su vivienda el 20 de enero de 2011. En el procedimiento judicial se le reclamaban 139.000 euros de principal más los correspondientes intereses y costas que podrían superar los 40.000 euros más. Tras la adjudicación por el 50 por 100 del valor de tasación inicial (97.200 euros), el señor Aziz seguía adeudando a la prestamista más de 40.000 euros de principal, más la liquidación correspondiente de gastos y costas.

El señor Aziz acudió entonces a un procedimiento declarativo ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, solicitando que se declarase el carácter abusivo y la consiguiente nulidad de la cláusula 15.^a de su contrato y, por ende, que se declarase nulo el procedimiento ejecutivo tramitado.

Por providencia de 30 de junio de 2011, el titular del Juzgado dio vista a las partes de su intención de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación del Derecho de la UE, concretamente, la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

El juez consideró que la citada cláusula 15.^a debía ponerse en relación con la cláusula 6 bis, relativa a la resolución anticipada del préstamo, pues la liquidación unilateral de la deuda exigible por la entidad crediticia dependería de que se hubiese activado la resolución anticipada. Igualmente, con la cláusula 6.^a, que establecía el criterio para calcular el interés de demora, entendiendo así, de forma integrada, que lo que el señor Aziz cuestionaba (según se desprendía de su demanda) era que *el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, y cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, era nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación recogidas en el TRLGDCU 1/2007, de 1 de noviembre*. Por otro lado, estando tasados los motivos de oposición a la ejecución de títulos no judiciales sobre bienes hipotecados por los artículos 695, 696 y 697 de la LEC, y remitiendo el artículo 698 LEC para cualquier otra reclamación a un declarativo ordinario, que no suspendería ni entorpecería el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria, para el juez era evidente que «cualquier procedimiento que quisiera interponer el deudor para cuestionar la validez de las cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que habilitaban al prestamista para iniciar la ejecución singular sobre ese bien ofrecido en garantía, debía realizarse por el mecanismo de un procedimiento ordinario que en modo alguno podría comprometer el desarrollo y culminación del procedi-

miento de ejecución hipotecaria», con la adjudicación al ejecutante. De manera que el señor Aziz, señalaba el juez, tuvo que acudir al procedimiento ordinario como último remedio (el 11 de enero de 2011), para intentar evitar el lanzamiento de su vivienda (que se produjo el 20 de enero de 2011).

El juez manifiesta dudar de si el ordenamiento español, tanto en sus aspectos materiales como procesales, cumple con el marco de protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas. Siendo muy complicado a un juez español poder establecer una tutela de oficio a un consumidor en un procedimiento de ejecución hipotecaria, este control debe verificarse en un declarativo, como el que él sustancia, el cual no evita la venta o realización del bien hipotecado ni su transferencia a un tercero de buena fe. Por tanto en orden a la validez o nulidad de la cláusula 15.^a (liquidación unilateral unida a posibilidad de acudir al procedimiento especial de ejecución hipotecaria), es necesario que el Tribunal de la UE se pronuncie sobre si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales, que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

Esta duda o pregunta se vincula necesariamente a la formulación de dos cuestiones que se complementan y permiten determinar el alcance la primera. Son las referidas a la interpretación de las cláusulas mencionadas en el artículo 85.6 del TRLGDCU y el apartado 1.e) del Anexo a la Directiva: [Son abusivas] «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Este segundo bloque de preguntas se orientaría a que el TJUE diera contenido al concepto de desproporción, en orden a la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo, por incumplimiento en un periodo muy limitado y concreto; la fijación de unos intereses de demora que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos, y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado; y finalmente, la fijación de mecanismos unilaterales de liquidación de los intereses variables, tanto remuneratorios como moratorios, por el prestamista, vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria, que no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el procedimiento ejecutivo, debiendo remitirse al citado declarativo, con la consiguiente pérdida de su vivienda familiar.

«Parecería —concluye el juez en su Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial— que el legislador español habría limitado los mecanismos de protección de los consumidores en caso de ejecución hipotecaria, materia especialmente sensible en supuestos en los que se vea afectada una vivienda que sea domicilio habitual del consumidor, y no ha establecido pautas claras para determinar si el vencimiento anticipado y los criterios de liquidación del total de la deuda son desproporcionados o no».

Por todo lo expuesto, el juez plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE, haciendo las dos preguntas susodichas, en torno a la limitación de causas de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria y el contenido del concepto de desproporción.

B) *Las conclusiones de la Abogada General*

El 8 de noviembre de 2012, la señora Juliane Kokott, Abogada General del TJUE, presentó sus *Conclusiones sobre el sistema hipotecario español* [asunto C415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)] (TOL. 2.672.044).

En cuanto a la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial, relativa a si el sistema de ejecución hipotecaria español constituye una limitación de la protección de los consumidores e infringe, por tanto, la Directiva 93/13, la Abogada General entiende que la cuestión formulada es hipotética en la medida en que, de hecho, no la plantea el juez que conoce del procedimiento ejecutivo, único al que se le plantea directamente la cuestión acerca de las posibilidades de oposición en su procedimiento y acerca del influjo de la Directiva 93/13 en las posibilidades de protección jurídica en dicho procedimiento. Por consiguiente, considera que *la cuestión debe entenderse en un sentido amplio, refiriéndose a las posibilidades que tiene el consumidor de obtener a través del procedimiento declarativo, protección jurídica frente a la ejecución*. Ahora bien, la cuestión relativa a la protección jurídica frente a la ejecución [en la propia ejecución] es relevante para la resolución del órgano jurisdiccional remitente, el cual, en virtud del principio comunitario de efectividad, *puede verse obligado a compensar a posteriori, mediante su resolución, posibles vicios del procedimiento tramitado hasta el momento*.

Por ello, concluye, procede analizar los requisitos que impone la Directiva 93/13 en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias, respecto de las posibilidades del consumidor de alegar el carácter abusivo de las cláusulas.

Señala la Abogada General que «al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, establecer la regulación procesal. Ahora bien, la libertad de configuración de los Estados miembros está limitada *por el principio de equivalencia y el principio de efectividad*...

El principio de equivalencia dice que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno...

Con arreglo [*al principio de efectividad*]..., la regulación procesal nacional no puede conducir a que se obstaculice la invocación de los derechos garantizados al consumidor por la Directiva 93/13...».

Dado que *según la explicación hecha por el juez nacional, el deudor hipotecario debe soportar la ejecución hipotecaria sin que se consideren las posibles cláusulas abusivas, debiendo acudir a un procedimiento separado declarativo en el que tan sólo tiene la posibilidad de intervenir en el reparto del producto de la ejecución o formular reclamaciones de indemnización por los daños y perjuicios originados por la ejecución, pero sin posibilidad de que el juez nacional ni en el procedimiento ejecutivo ni en el declarativo pueda ordenar la suspensión provisional de la subasta forzosa del inmueble [explicación del juez nacional no exacta, según veremos después]*, esta regulación procesal menoscabaría la protección que pretende otorgar al consumidor la Directiva 93/13. Esta exigiría que el consumidor dispusiera de un recurso legal eficaz para *comprobar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo, y mediante dicho recurso, detener la ejecución forzosa*.

«En el mismo sentido —subraya la señora Kokott— se pronuncia la reciente sentencia dictada en el asunto Banco Español de Crédito. En esa ocasión, el Tri-

bunal de Justicia —en relación con un procedimiento monitorio— resolvió que, con objeto de respetar el principio de efectividad en relación con lo dispuesto en la Directiva 93/13, el juez nacional está obligado, incluso antes de dictar el requerimiento de pago al que podría oponerse después el consumidor, a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, siempre que disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto. En efecto, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no formule la oposición requerida.

¿Se desprende también de ello que el consumidor debe tener de *forma inmediata en el procedimiento ejecutivo, y no sólo en un procedimiento separado*, la posibilidad de alegar el carácter abusivo de las cláusulas? A este respecto se plantean dudas sobre la aplicabilidad de la jurisprudencia del asunto Banco Español de Crédito ya que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso monitorio, en una situación como la del caso de autos, la escritura notarial constituye un título ejecutivo y ha de reconocerse el interés del acreedor en tramitar rápidamente la ejecución forzosa. Mediante la configuración formalista del procedimiento ejecutivo y la amplia exclusión de los motivos de oposición, el legislador persigue el objetivo de que puedan ejecutarse rápidamente las pretensiones amparadas por un título. *En estas circunstancias, no me parece forzosamente necesario calificar a priori de excesiva obstaculización de la protección jurídica del consumidor el hecho de que éste deba generar previamente mediante la incoación de un procedimiento, las condiciones necesarias para que el tribunal competente examine las cláusulas contractuales.*

...Por lo tanto, a efectos del litigio principal, lo único decisivo es que el principio de efectividad exige, en todo caso, que el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento declarativo *debe disponer de la posibilidad de suspender (de forma provisional) el procedimiento ejecutivo, con objeto de detener la ejecución forzosa, hasta que se haya comprobado el carácter abusivo de una cláusula contractual, de modo que se impida que el procedimiento ejecutivo cree una situación perjudicial para el consumidor que posteriormente sea de muy difícil o imposible reparación.*

En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignoralados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13 cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo, mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, la Abogada General considera que debe entenderse en el sentido de que interesa una interpretación del concepto más general, utilizado en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 de «desequilibrio» entre los derechos y obligaciones contractuales, que sólo en el caso concreto de las indemnizaciones a que se refiere el número 1, letra d), del anexo a la Directiva es sustituido por el término «desproporción». Aunque sólo la cláusula 15.^a del contrato ha sido objeto del litigio principal, una visión de conjunto de las condiciones individuales del contrato y de su valoración jurídica (y por lo tanto de las demás cláusulas sobre las que el juez nacional interesa un pronunciamiento), pueden tener también repercusiones en la interpretación de la cláusula controvertida, y respecto a la eficacia del procedimiento ejecutivo, cuya nulidad solicita el señor Aziz.

Señala la Abogada General que conforme reiterada jurisprudencia del TJUE, es al juez nacional a quien corresponde determinar si una cláusula contractual es

abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, ya que sólo él puede apreciar de forma completa las consecuencias que la cláusula puede tener en el ámbito del Derecho aplicable al contrato, lo cual lleva consigo un examen del ordenamiento jurídico nacional. *Al TJUE le corresponde simplemente interpretar los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva. Dichos criterios, a su juicio, serían los siguientes:*

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, señala la Abogada General, que no puede evaluarse si un cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor, sin examinar cómo regula el Derecho nacional el caso *si las partes no han establecido ninguna estipulación*. De manera que *sólo en el caso de que el consumidor, debido a la cláusula contractual, quede en peor situación que con la aplicación de las normas legales de Derecho dispositivo, podrá calificarse a la cláusula de abusiva*. Pero además será preciso que la apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato (art. 4.1 de la Directiva), determine que la alteración que la cláusula produce en los derechos y obligaciones de las partes, con respecto al Derecho dispositivo, *causa un importante e injustificado desequilibrio en detrimento del consumidor*. En particular, *un desequilibrio importante será injustificado cuando los derechos del consumidor se recortan hasta tal punto que el predisponente no puede considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato*. En este contexto, ha de analizarse, entre otras cosas, si la cláusula se utiliza habitualmente en contratos comparables en el tráfico jurídico o si por el contrario, son inusuales; así como si la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo (dispuesto por el Derecho dispositivo) de la cláusula en cuestión.

«Por lo tanto, en el litigio principal es ante todo relevante la configuración de las normas legales sobre la resolución del contrato de préstamo, en particular, los presupuestos con arreglo a los cuales el prestamista está legitimado para, en caso de mora del deudor por falta de pago de una sola cuota, resolver y dar por vencido todo el préstamo. Acto seguido la cláusula controvertida debe valorarse de acuerdo con este criterio.

A este respecto ha de tenerse en cuenta, por una parte, que la obligación de pago de las cuotas es la obligación contractual esencial del prestatario. Por otra parte, al responder a la pregunta de si basta con el impago de tan sólo una cuota para que no quepa esperar razonablemente que la Caja de Ahorros siga cumpliendo el contrato, debe tenerse en cuenta que con la hipoteca se concedió una garantía a la Caja de Ahorros y que la mora de una sola cuota puede deberse a un mero error y no necesariamente a dificultades de pago del prestatario. Además, el importe del préstamo garantizado, su duración y su importancia vital para el prestatario han de ponerse en relación con el interés del prestamista en poder liberarse del contrato tras el impago de una sola cuota del préstamo.

El órgano jurisdiccional remitente también tiene que considerar, por último, qué posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional, incluido el Derecho procesal nacional, para poner remedio a los efectos del vencimiento total [art. 693 LEC]... Ello debe tenerse en cuenta en la necesaria apreciación global de si mediante la cláusula controvertida se perjudica al consumidor en una medida desproporcionada, contrariamente a las exigencias de la buena fe».

En relación con la cláusula sobre intereses de demora, la Abogada General remite a las consideraciones anteriores. Señala que el juez nacional debe efectuar una comparación con el tipo de interés legal, con objeto de comprobar después, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, si la alteración resultante causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Para efectuar el examen concreto puede ser relevante qué tipo de interés de demora suele acordarse en los préstamos hipotecarios. Si el Derecho español limita para los demás créditos al consumo el interés de demora en 2,5 veces el interés legal del dinero, ello puede servir de indicio para apreciar un posible desequilibrio, al igual que la circunstancia de que *los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios [a través del mercado secundario, mediante la titulación de las hipotecas], debido a la garantía concedida, son por regla general, mucho menores que en los demás créditos al consumo.*

También hay que tener en cuenta los fines lícitos que persigue el interés de demora con arreglo al Derecho nacional: si sólo se trata de una cláusula penal liquidatoria de los perjuicios causados por la mora, o si busca la finalidad de que la otra parte cumpla lo pactado. *Si su finalidad es sólo la primera, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Si busca la segunda finalidad, será abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.*

En relación con la cláusula de determinación unilateral del importe de la deuda, se señala que se trata de una cláusula mediante la cual el prestamista fija de modo autónomo un requisito esencial para la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria simplificado, sin que el deudor pueda en tal procedimiento oponerse a esa cuantificación. Para juzgar de la validez de tal cláusula, la Abogada General entiende que el juez nacional debe partir de los siguientes criterios. En primer lugar, cuál sería la situación jurídica, en este caso, el procedimiento ejecutivo, si el contrato no contuviera dicha cláusula. Al reducir la tutela jurídica anterior a la fase de ejecución (fase de declaración), la cláusula produce una alteración del equilibrio de las partes en detrimento del consumidor. Ahora bien, si tal desequilibrio es importante debe apreciarse mediante una ponderación conjunta de las ventajas y desventajas resultantes de lo pactado en la cláusula para ambas partes. Para la Caja de Ahorros, la cláusula tiene la consecuencia de poder realizar más fácil y rápidamente la garantía hipotecaria. Esto incrementa, a favor del deudor, el valor de la garantía por él constituida. También debe ponderarse cómo está configurado el procedimiento de determinación unilateral del importe de la deuda, qué competencias de comprobación tiene en este sentido el notario interviniente y cómo se debe valorar el hecho de que sólo las entidades de crédito sometidas al control bancario del Estado estén legitimadas para utilizar la cláusula controvertida. Hasta aquí el Informe de la Abogada General.

C) *El escrito del CGAE para la solicitud de la suspensión inmediata de los procedimientos de ejecución hipotecaria*

Como consecuencia de este Informe de la Abogada General, el Consejo General de la Abogacía Española elaboró un escrito (TOL 2.675.084) para solicitar *la suspensión inmediata* del procedimiento de ejecución hipotecaria en tanto en cuanto no se lleve a cabo la modificación en la Ley procesal que permita el planteamiento de motivos de oposición basados en la existencia de cláusulas

abusivas. Subsidiariamente, se solicita la declaración de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo, con petición de retroacción de las mismas al momento procesal de admisión de la demanda [para proceder a un control de oficio de tales cláusulas abusivas, como permitiría la STJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2012], o en su caso, se solicita el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE en los mismos términos que la presentada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona. El documento fundamenta sus peticiones, como ya hemos dicho, en las conclusiones de la Abogada General del TJUE, así como en el informe de febrero de 2012 de la Comisión Europea, aportado al procedimiento, en el cual advierte que la LEC española no respeta el Derecho comunitario si mantiene un sistema de oposición por cláusulas abusivas que sólo se puede activar una vez efectuado el lanzamiento del deudor; y si los intereses moratorios que se pudieran aplicar al deudor fueran desproporcionados. En el escrito argumenta el CGAE que la imposibilidad de plantear oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria, supone impedir el uso del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos y que el TC, en su Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, reiteró la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno: «Reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos». Por otro lado, la decisión del TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, es base lógico-jurídica necesaria para la resolución de los procedimientos de ejecución en curso, por lo que estos deberían suspenderse hasta que se emitiera tal resolución, atendiendo a la seguridad jurídica, a fin de evitar posiciones contradictorias de los distintos órganos judiciales¹⁹.

En el sentido indicado por el CGAE, el titular del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción, número 2 de Azpeitia (Guipúzcoa), decretó la suspensión de un desahucio de una familia de su vivienda, hasta que se estableciera una nueva regulación hipotecaria en España y hubiera una decisión definitiva del TJUE sobre la Ley hipotecaria española²⁰.

D) El documento «Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles»

Este documento fue elaborado por el «Grupo de Trabajo sobre medidas de agilización y reforma procesal de los procesos civiles» presidido por Manuel ALMENAR

¹⁹ En dicho escrito el Consejo se refiere a la situación de emergencia causada por las más de 400.000 ejecuciones hipotecarias producidas en España desde 2007, citando el Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, Raquel Roinik (Naciones Unidas A/67/286 Asamblea General) de fecha 10 de agosto de 2012, según el cual, «en España se han ejecutado más de 350.000 hipotecas desde 2007 y en 2011 tuvieron lugar aproximadamente 212 ejecuciones y 159 desalojos al día. La crisis ha afectado desproporcionadamente a los más pobres y vulnerables, que fueron los últimos en ingresar en los mercados hipotecarios y los primeros en sufrir las consecuencias de la crisis en razón de su escasa resistencia a las conmociones económicas y su poca capacidad de pago. Algunas investigaciones recientes indican que la mayor parte (el 70 por 100) de los impagos registrados en España guarda relación con la crisis del empleo y que el 35 por 100 de las propiedades ejecutadas pertenecen a migrantes [luego el 65 por 100 pertenece a población nacional].»

²⁰ «Un juez decreta la suspensión de un desahucio hasta la decisión definitiva del TJUE sobre la Ley Hipotecaria española» (*Diario La Ley*, núm. 7985, Sección «Hoy es Noticia», 17 de diciembre de 2012).

BERENGUER e integrado por los Magistrados Ángel GALGO PECO, Pilar LÓPEZ ASENSIO, Enrique GARCÍA GARCÍA, María del Mar HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Pablo QUECEDO ARACIL y Pedro Luis VIGUER SOLER. Contenía un Anexo relativo a «*Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)*».

El documento señala que el procedimiento de ejecución hipotecaria es «extremadamente agresivo frente al deudor» porque «dota a la escritura de préstamo hipotecario de mayor eficacia incluso que una sentencia ya que las posibilidades de que dispone el deudor para oponerse son muchas menos que si se tratara de la ejecución de una sentencia». A su juicio se deberían arbitrar ciertas medidas protectoras del deudor de buena fe, buscando una solución equilibrada que evite la exclusión social de éste y distribuya equitativamente las consecuencias de la crisis económica. Se indica que «aun respetando el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, sería conveniente abrir un debate y estudiar medidas que palien en la medida de lo posible» la situación de los deudores hipotecarios. Entre esas medidas, destacan las siguientes:

1. Determinar el concepto de deudor hipotecario de buena fe, a efectos de establecer las bases de aplicación de las medidas excepcionales que se enumeran después, y que deberían centrarse en los supuestos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual o locales de negocio.
2. La flexibilización de los requisitos que establece el Real Decreto-ley 6/2012, para acogerse al Código de Buenas Prácticas.
3. La limitación de los intereses moratorios en términos similares a los previstos en el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.
4. Establecimiento de un régimen especial en caso de ejecución de préstamos hipotecarios cuando se refieran a vivienda habitual o local de negocio.
5. Reconducir la ejecución hipotecaria a las normas generales de la ejecución ordinaria, como sucede con cualquier otro crédito documentado en escritura pública, para que el deudor disponga de un catálogo de motivos de oposición a la ejecución.
6. Atribución de facultades al juez para que pueda acordar moratorias en el pago, dejando en suspenso el mismo transitoriamente, en caso de que concurran circunstancias excepcionales, en términos similares a los que prevé el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la venta a plazos de bienes muebles.
7. La revisión legal del concepto de fuerza mayor del artículo 1105 del Código Civil y la redefinición de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permitiría suspender el cumplimiento de las obligaciones cuando el cambio de circunstancias impidan al deudor su cumplimiento momentáneo por motivos ajenos a su voluntad.
8. La modificación del régimen de tasación de las viviendas, a realizar por expertos independientes.
9. La elevación del porcentaje de adjudicación al acreedor del artículo 671 LEC: 100 por 100 de una nueva tasación realizada por peritos independientes.
10. Establecimiento de periodos de carencia en la amortización del capital, ampliación del plazo de amortización, reducción provisional del tipo de interés, y quitas, cuando concurran circunstancias que lo aconsejen.

11. Potenciación y centralización de las subastas electrónicas por internet para ampliar el número de postores y mejorar el tipo de adjudicación de las subastas.
12. Regulación de un procedimiento concursal específico para las personas físicas y que permitiera, en circunstancias predeterminadas, la paralización de ciertas ejecuciones.
13. La previsión y ampliación de los supuestos en que el deudor puede, en determinadas circunstancias, continuar utilizando la vivienda habitual o el local de negocio, satisfaciendo un canon y mediante la fórmula jurídica más adecuada (arrendamiento, derecho de habitación, *leasing*, etc.).
12. La limitación de gastos en caso de mora.
13. La ampliación de la posibilidad de enervar la ejecución y rehabilitar el préstamo (art. 693.3 LEC).
14. La mediación previa o simultánea obligatoria en las ejecuciones hipotecarias.
15. La creación de Comisiones Mixtas integradas por la Administración, banca y consumidores, para favorecer soluciones negociadas.

En las *Conclusiones de los jueces decanos sobre la Ley Hipotecaria* (TOL 2.671.614), los jueces decanos declararon compartir en su totalidad el Informe elaborado por el Grupo de Trabajo antes mencionado, designado por el CGPJ, aunque dicho Informe hubiera sido rechazado de plano por el Consejo General del Poder Judicial.

E) *La resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013*

Finalmente, se produjo la resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE. Este hace importantes pronunciamientos, referidos en primer término, a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano nacional.

Catalunyacaixa y el Reino de España habían manifestado dudas en cuanto a la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial, ya que consideraban que no era útil al órgano nacional para resolver el juicio declarativo de que conocía. Igualmente, cuestionaban la admisibilidad de la segunda cuestión prejudicial, ya que mediante ella se pretendía obtener una interpretación del concepto de desproporción en cuanto a cláusulas que no guardan ninguna relación directa con la controvertida cláusula 15.ª del contrato cuya nulidad por abusiva se pretendía.

A estas alegaciones, el TJUE responde que corresponde exclusivamente al juez nacional apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales que plantea al Tribunal de Justicia de la Unión. «Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el TJUE está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10... apartado 76 y jurisprudencia citada).

Así pues, la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial... sólo está justificada cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones

planteadas (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 77 y jurisprudencia citada).

Ahora bien, no ocurre así en el presente asunto».

El TJUE entiende que la primera cuestión debe entenderse en sentido amplio, como indicaba la señora Kokott, esto es, destinada a *apreciar la compatibilidad con la Directiva de las facultades reconocidas al juez que conoce del proceso declarativo*.

En cuanto a la segunda cuestión, siguiendo también a la Abogada General, el TJUE indica que aunque la demanda de nulidad sólo se refiere a la cláusula 15.^a (determinación unilateral de deuda vinculada a la posibilidad de ejecución especial hipotecaria, con limitación de motivos de oposición e imposibilidad de discutir la cuantificación de la misma en el proceso ejecutivo; sólo en un declarativo que no suspende el ejecutivo), una visión de conjunto de las otras cláusulas del contrato a que se refiere la cuestión, puede repercutir en el examen de dicha cláusula. Aparte de que el juez nacional está obligado en virtud de la jurisprudencia del TJUE, a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. P. I 4713, apartados 31 y 32, y Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 43).

Entrando en el fondo de las cuestiones planteadas, en relación con la primera, señala que la cuestión que se dilucida es determinar «las obligaciones que incumben al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de que se garantice, en su caso, el efecto útil de la decisión sobre el fondo por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual *que constituye el fundamento del título ejecutivo y, por tanto, de la incoación del procedimiento de ejecución hipotecaria*».

El Tribunal señala que, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, la determinación de los motivos de oposición en un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, «a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)».

El TJUE considera que el artículo 698 LEC española no vulnera el principio de equivalencia, pues el juez que conoce del procedimiento declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria, tiene prohibido adoptar medidas cautelares que garanticen la efectividad de su resolución no sólo cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, sino también cuando compruebe que una cláusula resulta contraria al orden público.

Sin embargo, *en relación con el principio de efectividad*, sí que considera que la legislación española vulnera dicho principio pues «de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, *salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal [de expedición de la certificación de cargas (art. 131 LH)]...*

A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos...²¹

Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva».

Pues, añade, la decisión del juez que conoce del declarativo sólo permitiría una protección *a posteriori* del consumidor meramente indemnizatoria que resulta incompleta e insuficiente (máxime al no impedir la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda) y no constituye un medio adecuado y eficaz para

²¹ Como ya indicamos en un trabajo anterior, si bien es cierto que el juicio declarativo del artículo 698 LEC no suspende *de iure* el procedimiento de ejecución hipotecaria, que continúa hasta la subasta, remate y lanzamiento del deudor, sí que existe una vía de defensa para el deudor hipotecario, que ha señalado GÓMEZ GÁLLIGO (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Desahucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes 18 de enero de 2013, pág. 47). Consiste esta en la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la demanda de nulidad ejercitada en el juicio declarativo del artículo 698 que, señala el autor, *de facto* produce esa paralización. Esta posibilidad resulta del artículo 131 de la LH, *a contrario sensu*, donde se indica que «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 [mandamiento de cancelación de cargas], siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...». Así pues, si la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca fuese anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, subsistiría tras la ejecución hipotecaria, perjudicando al acreedor adjudicatario (pues hay que pensar que ningún tercer postor acudiría en tales condiciones a la subasta) y a cualquier subadquirente posterior. De facto, pues, aunque no sea *de iure*, el procedimiento de ejecución hipotecaria quedaría suspendido en su virtualidad realizatoria del valor del inmueble, pues dicha realización, de operarse, sería claudicante, de acogerse la demanda de nulidad. En estas condiciones, pensábamos, el acreedor hipotecario se vería compelido a una negociación extraprocesal que luego tendría su reflejo en el proceso. En otras palabras, la anotación preventiva de la demanda de nulidad anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, tenía efectos reales, por efecto de los principios de prioridad y oponibilidad, y no sólo indemnizatorios, lo que no tuvo en cuenta el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial. Si el TJUE, quien, no obstante, consideró esta medida de protección del deudor como residual, pues ciertamente, la celeridad del procedimiento de ejecución hipotecaria puede impedir, por grande que sea la diligencia del deudor, que la anotación se practique a tiempo de tener efectos reales, simplemente por una demora del juicio declarativo y de las actuaciones a verificar en el mismo (expedición del mandamiento ordenando al Registrador de la Propiedad la práctica de la anotación de demanda de nulidad), demora que escapa al control por parte del deudor hipotecario. De ahí que la sentencia del TJUE constituya un acierto al incidir en la necesidad de aumentar las causas de oposición del deudor en la ejecución hipotecaria, para obtener la efectividad de la Directiva 93/13.

que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13²².

Por lo tanto, la normativa española controvertida no se ajusta al principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria entre profesional —demandante y consumidor— demandado, la aplicación de la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE precisa que su competencia se extiende a la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3.1 de la Directiva y en su Anexo, así como a la determinación de los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de la Directiva. Ahora bien, es el juez nacional quien tiene que pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación de dicha cláusula, en función de las circunstancias del caso.

Sentado lo anterior, el TJUE delimita los siguientes criterios a tener en cuenta por el juez nacional remitente, asumiendo conclusiones de la Abogada General. Para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un *desequilibrio importante* en los derechos y obligaciones contractuales de las partes, *debe tenerse en cuenta el Derecho positivo nacional aplicable al caso si dicha cláusula no existiera, lo que permitirá valorar si, y en qué medida, el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por dicho Derecho positivo*. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para cese el uso de cláusulas abusivas.

Además, *para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» deberá comprobarse si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*. Además como el artículo 4.1 de la Directiva señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, de ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula pueda tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional.

En particular, por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado, como señaló la Abogada General, corresponde al juez remitente comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial; si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento *tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo*; si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado.

²² Artículo 7.1 de la Directiva: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el juez nacional deberá comprobar en particular, como señaló la Abogada General, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado dicho pacto; o las aplicables en distintos contratos de ese tipo celebrados con consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es el adecuado para garantizar la realización de los objetivos que dicho interés persigue, y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Finalmente, en lo relativo a la cláusula de liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda exigible, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez remitente deberá determinar si —y, en su caso, en qué medida— la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

3. CONSECUENCIAS INMEDIATAS DE LAS SSTJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012 Y 14 DE MARZO DE 2013

Aparte de las consecuencias ya señaladas anteriormente, en relación con la STJUE, de 14 de junio de 2012 (debate sobre el control o no de oficio de los intereses moratorios abusivos en la ejecución hipotecaria y sobre las consecuencias de apreciar tal carácter abusivo) por lo que respecta a la STJUE, de 14 de marzo de 2013, esta resolución *va a implicar una necesaria reforma legislativa del procedimiento de ejecución hipotecaria*.

Pero en tanto ésta se verifica, distintas Juntas de Jueces de 1.^a Instancia están intentando *unificar criterios en cuanto al tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos judiciales (hipotecarios o no)*.

Así, la Junta de Jueces de 1.^a Instancia de Barcelona, celebrada el 4 de abril acordó: «Entender que de cara a la consideración como abusivas de las cláusulas en las que se establecen intereses de demora, *se tendrán por tales aquellas en las que tal interés supere en 2,5 veces el legal del dinero salvo en aquellos casos en los que el interés remuneratorio pactado fuere superior al antes indicado, en cuyo supuesto el carácter abusivo se daría cuando el interés de demora superase en 2 puntos al interés remuneratorio pactado*». En relación con las nuevas ejecuciones hipotecarias que se inicien «se haga la indicación de la posibilidad de suscitar como motivo de oposición [principio de efectividad del Derecho Comunitario] la posible concurrencia de cláusulas abusivas». En los procesos en trámite, en los que no se haya celebrado subasta, se procederá a conceder a la parte ejecutada un *plazo de diez días* a fin de que si estima que el título base de la ejecución pudiera estar afectado por una cláusula abusiva, lo pueda poner de manifiesto en escrito con intervención de Letrado y Procurador, resolviéndose sobre ello por el Juzgado tras la adecuada audiencia contradictoria de las demás partes. En relación con los restantes casos *en que se pueda de oficio constatar la posible concurrencia de una cláusula abusiva, ello se podrá plantear previa audiencia al menos, de las partes personadas*.

Por su parte, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia, en cuanto al *control judicial de oficio de cláusulas abusivas* ha establecido:

«Conforme a la Directiva 93/13/CEE y jurisprudencia del TJUE en materia de protección del consumidor, teniendo en cuenta las recientes resoluciones de

las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en la materia, y sin perjuicio de las circunstancias que concurran en el caso concreto, en los procesos declarativos, en los monitorios, *así como en los de ejecución hipotecaria y de títulos extrajudiciales, se procederá, incluso de oficio y en cualquier momento del proceso, siempre que concurran suficientes elementos de juicio a la anulación de las cláusulas abusivas en cualesquiera contratos de bienes y servicios que lesionen los derechos de los consumidores, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer sus pretensiones respecto a las mismas a través de las vías legales oportunas.*

En concreto, en lo relativo a las cláusulas que establezcan intereses moratorios, y con el fin de establecer una pauta orientativa, la Junta de Jueces acuerda, por unanimidad, que procederá declararlas nulas de oficio cuando establezcan intereses que excedan del límite establecido en el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo, en el caso de descubiertos en cuenta corriente. En los demás supuestos que queden fuera del ámbito de dicha norma, singularmente en el caso de préstamos personales o garantizados con hipoteca, ante la falta de previsión legal expresa y en aras a una deseable uniformidad, se considerarán nulas dichas cláusulas si el interés moratorio excede del cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato. En todos los casos deberá respetarse el principio de contradicción conforme exige la reciente sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de fecha 21 de febrero de 2013.

También los tribunales, de forma aislada, han adoptado medidas al respecto, en cuanto, como precisa la STJUE de 21 de octubre de 2010, *«la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales»*. En este sentido, el Juzgado de 1.ª Instancia, número 1 de Miranda de Ebro, inadmitió a trámite una demanda ejecutiva hipotecaria, aplicando la doctrina sentada por la STJUE, de 14 de junio de 2012, dado que la cláusula 3.3 de la escritura de hipoteca fijaba un límite a la variación del tipo de interés aplicable, estableciendo un tipo de interés nominal mínimo aplicable del 3,50 por 100, entendiendo el juzgador de instancia que tal cláusula-suelo era abusiva y contraria a la Directiva 93/13/CEE.

La parte ejecutante recurre en apelación, y la AP de Burgos (Sección 2.ª), en auto de 10 de abril de 2013, revoca la resolución de instancia, ordenando que se proceda a despachar la ejecución y a practicar las notificaciones y requerimientos preceptivos, si bien verificado lo anterior, y antes de continuar con el señalamiento de la subasta se deberá resolver *«con libertad de criterio por el juez a quo, previa audiencia de las partes y previo análisis del posible carácter abusivo de la cláusula 3.3 objeto de esta causa, sobre la procedencia de la suspensión cautelar y provisional del presente procedimiento con las pautas fijadas en esta resolución; tanto si se ha formulado oposición, como si no se ha formulado de forma expresa por el deudor hipotecario»*.

El AAP fundamenta su resolución, en que la decisión apelada de no admitir el despacho de ejecución, deja sin efectividad el proceso de ejecución hipotecario desde su inicio, cuando el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2012, sólo considera contrarios al Derecho Comunitario los artículos 695 y 698 LEC. Ello supone, argumenta la Audiencia, que el proceso ejecutivo-hipotecario debe ser admitido a trámite *«como ya ha entendido el Pleno Jurisdiccional de la AP de Madrid, de 4 de marzo de 2012, en relación con el Juicio Monitorio»*.

Lo establecido por la doctrina comunitaria es la posibilidad de arbitrar mecanismos de paralización del proceso ya iniciado. «Es decir, lo que se pretende por la Justicia Comunitaria es que ningún proceso hipotecario continúe sin que se haya valorado, al menos cautelarmente, la licitud de alguna de las cláusulas del contrato de hipoteca y propicia que haya un cauce procesal para tal análisis judicial; lo que determina la aplicación del “principio de utilidad” y del “principio de efectividad”, lo que no debe de ser incompatible con la admisión del proceso hipotecario».

«...Lo que se pretende en el ámbito procesal que nos ocupa por la jurisprudencia comunitaria es que en el derecho procesal español y en sus procesos de ejecución hipotecaria se garantice el denominado “principio de efectividad” y el “principio de utilidad” del proceso. Ello supone que el Derecho Comunitario, dice que, aunque los Estados miembros tienen autonomía para implementar los mecanismos procesales de ejecución forzosa como estimen pertinente, nunca lo podrán hacer de forma que “hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil” el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Ordenamiento Jurídico de la Unión. Esto determina que lo procedente es establecer un cauce para que sea posible ejercitar los derechos de los consumidores en el mismo proceso hipotecario, aún de forma provisional o cautelar.

...Ahora bien, no se comparte la solución del juez *a quo* en el sentido de que antes de la fase de oposición en el juicio hipotecario y antes de cualquier proceso declarativo definitivo y plenario y antes de cualquier medida cautelar, decidir, sin trámite alguno, pese a concurrir los requisitos de admisión, sin audiencia alguna y sin todos los elementos de juicio del caso concreto y sin concurrir todos los “elementos de hecho y derecho” sobre plazos, tipos de interés, efectos de las cláusulas nulas o de las posibles cláusulas abusivas, que una cláusula concreta es nula, que no hay posible subsanación y que no procede despachar ejecución. Todo ello máxime, cuando, en el caso concreto, los límites pactados en la cláusula objeto de esta causa eran entre el 3,50 por 100 y 7,50 por 100, las cuales están muy alejados de otros analizados por esta Audiencia Provincial (SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 23 de marzo de 2012, donde la cláusula era entre 5,5 por 100 y 17,50 por 100)».

Por ello lo que procede según la AP de Burgos es *evitar, con plenas garantías de alegación de las partes, que se siga adelante con la subasta y lanzamiento, sin que se valore la concreta cláusula debatida.*

Igualmente entiende que en el supuesto enjuiciado concurren algunas particularidades a tener en cuenta y que son:

- El Tribunal Supremo no ha declarado nulas todas las cláusulas-suelo, por el mero hecho de haber un suelo en la escritura hipotecaria para el pago de los intereses cuando estos bajan.
- Aunque la resolución apelada se fundamenta en el hecho de que un contrato de larga duración en el que el acreedor se beneficia de las subidas de tipos de interés, pero luego no sufre las bajadas, puede suponer un desequilibrio y una falta de reciprocidad; sin embargo, omite que, siendo cierto que existe una cláusula suelo de 3,50 por 100, también está establecida en la escritura una cláusula techo del 7,50 por 100.
- Por lo tanto, habría que analizar si existe efectiva desproporción entre el suelo y el techo fijados y si hubo falta de transparencia en la contratación, como apunta el Tribunal Supremo español (nota de prensa de 20 de marzo

de 2013)²³, y debe de comprobarse, como establece la STJUE, de 14 de marzo de 2013, «si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual».

- Ello es así porque la STJUE establece, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada, que se realizará en función de las circunstancias propias del caso, y en este caso, admitido el proceso, habría que analizar la cláusula, pero lo que no procede es inadmitir el proceso.

Por todo lo expuesto, la AP de Burgos opta en la resolución de este recurso porque el juez *a quo* admita el despacho de la ejecución, y dicte resolución en la que se analice cautelarmente la validez o no de la cláusula discutida y la procedencia de suspender el procedimiento de ejecución hipotecario, antes de iniciar su fase de subasta. «Todo ello si se considerase que concurre «aparición de buen derecho» para suspender de manera provisional la continuación del proceso hipotecario iniciado; y tanto si se ha formulado oposición, como si no se ha formulado de forma expresa por el ejecutado. De este modo, se adecua de manera armónica y ponderada el Derecho comunitario a la normativa especial hipotecaria española, siendo esta solución acorde con la Comunicación del Consejo General del Notariado sobre las ejecuciones hipotecarias extrajudiciales y con el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, procedente del Real Decreto 27/2012, de 15 de noviembre, donde se establece que, una vez admitida a trámite la demanda de ejecución hipotecaria, se verifique en un momento anterior al lanzamiento su efectividad y la corrección de las cláusulas de la hipoteca con los derechos del consumidor, para lo que se articula una «suspensión provisional». Esta *mens legislatoris* se considera adecuada para garantizar la concordancia armónica entre el sistema Hipotecario Español y el Derecho Comunitario». Por otro lado, el artículo 727.11 LEC establece una cláusula abierta para la adopción de medidas cautelares innominadas que se estimen necesarias para la efectividad de la tutela judicial. En todo caso, finalmente, la suspensión del proceso hipotecario, tanto judicial como extrajudicial, es posible y está admitido en algunos preceptos como el artículo 697 LEC o el artículo 236.5 RH.

«En definitiva, se acuerda que antes de señalar las subastas, y para garantizar los referidos principios de positividad en la aplicación del derecho comunitario, de efectividad y de utilidad, se paralizará el presente proceso y, se valorará, en resolución autónoma y previa audiencia de las partes, la procedencia de la suspensión provisional y cautelar del procedimiento, y en función de que la cláusula dubitada se considere ajustada o contraria al Derecho Comunitario y/o al Derecho interno regulador de los Derechos de los Consumidores. *Ello supone que si se considera adecuada y ajustada al Derecho interno y al Derecho Comunitario en materia de consumidores la cláusula 3.3 de la hipoteca ejecutada, se continuará el procedimiento iniciado y si se considera contraria a esos derechos y en perjuicio*

²³ El 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo ha fallado en sentencia 241/2013, el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal 348/2010.

del consumidor, se determinará la suspensión cautelar y provisional del proceso hipotecario; y ello siempre al margen del derecho de las partes de acudir al proceso declarativo que a su derecho pudiera convenir». Lo que, a mi juicio, no queda claro en este AAP de Burgos, es cómo terminará esa suspensión cautelar y provisional. Parece que por la resolución firme de un procedimiento declarativo que declare la validez de la cláusula o por la intervención del legislador que ordene resolver sobre el fondo del asunto en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Otra resolución judicial dictada como consecuencia de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, ha sido el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 12 de Valladolid, de 24 de abril de 2013.

Iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria por la entidad General Electric Capital Bank, S. A. y seguido el procedimiento por los trámites legales, se dictó por el Juzgado auto de aprobación de remate y adjudicación de la finca hipotecada a favor de la entidad demandante el 17 de abril de 2012. Solicitada la entrega efectiva del inmueble, se acordó la suspensión de la ejecución, *ante la tramitación de la cuestión prejudicial suscitada al TJUE por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, en el asunto C-415/11, resuelta el 14 de marzo de 2013.*

Mediante providencia de fecha 18 de marzo de 2013, se confirió traslado a los deudores hipotecarios a fin de que pudieran denunciar la nulidad por abusividad de las cláusulas contenidas en la escritura pública que constituyó el título de ejecución, conforme a lo resuelto por el TJUE, formulándose escrito en este sentido por la representación de la deudora y oponiéndose la entidad ejecutante.

El Juzgado señala en su Resolución que la STJUE, de 14 de marzo de 2013, declara la normativa española no ajustada al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos. Como el procedimiento de ejecución hipotecario se tramitó bajo el régimen normativo (art. 695 LEC) que el TJUE ha considerado contrario a dicha Directiva, de modo que ante el despacho de la ejecución no se podían invocar otros motivos de oposición previstos en el artículo 557 para la ejecución de título no judicial, y los motivos formales del artículo 559 LEC, entre ellos, la nulidad radical del despacho de la ejecución por no cumplir el documentos presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, entiende el juzgador que, en congruencia con la decisión del TJUE, ha de arbitrarse un sistema que permita al Juzgador examinar si las pólizas hipotecarias tramitadas conforme a aquel régimen normativo, incluían cláusulas abusivas, para en su caso, impedir su eficacia en perjuicio del consumidor, que no pudo denunciar tal abusividad.

Por ello, al amparo de lo dispuesto en el artículo 227.2.º LEC, el juzgador, de oficio, y antes de la conclusión del procedimiento mediante la entrega efectiva del inmueble adjudicado a la entidad acreedora, ha conferido traslado a la parte deudora para que pueda alegar la abusividad de determinadas cláusulas, como efectivamente ha hecho.

La parte deudora interesa que se acuerde la *retroacción de las actuaciones al momento de admisión de la demanda, o subsidiariamente, la suspensión del procedimiento en tanto se procede a modificar la Ley española, para adecuarla a las exigencias de la normativa europea.*

El Juzgado considera que la pretensión subsidiaria carece de encaje procesal y jurídico sustantivo, «pues la ley no prevé una suspensión *sine die*, supeditada a una eventual modificación normativa cuyo contenido es incierto y a la que

presumiblemente no podrá otorgarse un efecto retroactivo, debiendo entrar a valorarse la petición principal», que es lo que efectivamente hizo el juzgador.

Antes de entrar en materia, el juzgador cita de la STS de 18 de junio de 2012, que delimita dos ámbitos de control previstos en la LCGC y en la Ley de represión de la usura. Ésta contemplaría como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria (arts. 1 y 3) mientras que la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por ser contraria a la moral o al orden público, no determinaría directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo. Mientras la sanción de la Ley de Usura queda particularizada a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que se pueden considerar anómalas (contratos usurarios o leoninos), la normativa de consumo tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que dicho fenómeno comporta un modo de contratar diferenciable de la contratación por negociación. Dicha sentencia también declaró que *aun admitiendo que doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto*, debía entenderse por aplicación teleológica de la Directiva 93/13, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

Sentando, lo anterior, el Juzgador señala que los motivos de nulidad que pudieran invocarse en relación a tipo de interés remuneratorio, plazo de amortización y gastos bancarios, *al configurar el contenido esencial del contrato, negociado por las partes, debería ser controlado mediante la aplicación del régimen previsto en la Ley de Represión de la Usura, lo que en el presente caso no se ha hecho. Pero que las causas de nulidad invocadas en el escrito presentado por la deudora, se refieren a condiciones generales introducidas en la contratación en masa por la predisponente, siendo susceptibles de control por el Juzgador, conforme a la doctrina del TJUE expresada. Ahora bien, que las consecuencias de tal declaración de nulidad serán parciales, al quedar a salvo el contenido esencial del contrato, y afectarán al despacho de la ejecución, lo que ha de conllevar la retroacción del procedimiento al momento inicial, cuando debió poderse efectuar ese control de oficio reduciendo la situación a un equilibrio entre las partes.*

De entre las cláusulas que constituirían condiciones generales de la contratación y fueron denunciadas como abusivas por la parte deudora, algunas constituirían previsiones de la póliza que no dieron lugar a la reclamación dineraria y la ejecución de la garantía hipotecaria, sin reflejo en la determinación del saldo deudor ni en el importe de las cantidades reclamadas por la ejecutante, por lo que su trascendencia era nula a los efectos de la resolución del incidente. También se denunciaba la abusividad relativa a la Imputación de Pagos contenida en la cláusula 2.^a de la póliza, con vulneración del régimen de los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, pues imponía la aplicación de los pagos que pudiera efectuar al deudor a conceptos o cantidades distintas que la de la amortización del principal. Ahora bien, al no haberse acreditado ni constar la incidencia que tal estipulación hubiera podido tener en la determinación del saldo resultante de la liquidación efectuada por la entidad ejecutante, no se accede a la oposición por este motivo. Tampoco se otorga trascendencia anulatoria a las previsiones sobre coste de amortización anticipada.

La deudora denunció también la nulidad de la cláusula relativa al cálculo del interés de demora y de la cláusula que fijaba el importe de una penalización por

resolución anticipada de la prestamista ante el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de la prestataria (3 por 100 de la suma total adeudada). En relación con los dos puntos anteriores se denunciaba la nulidad del pacto de liquidez, al conferir a la entidad prestamista la facultad de determinar la cantidad exigible en caso de ejecución mediante la liquidación efectuada por ella a los efectos de lo previsto en el artículo 572.2 LEC.

A estas alegaciones, el Juzgado respondió que «la validez del pacto de liquidez está admitido por el TC y el TS (SSTC de 10 de febrero de 1992 y TS de 7 de mayo de 2003 y 3 de febrero de 2005), habiéndose declarado por el Tribunal Supremo que se trata de un pacto válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de la ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma —SSTS de 30 de abril y de noviembre de 2002, 7 de mayo de 2003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2005; arts. 520.1, 550.1.4.º, 572.2 y 573.1.3.º LEC—. Pero que «la determinación de los intereses de demora, a diferencia de lo que acontece con los remuneratorios, no suelen ser objeto de negociación entre las partes, sino que aparecen prefijados en la póliza elaborada por la predisponente. Desde luego, no consta que se estableciera ningún tipo de negociación en este sentido en la póliza litigiosa, lo que implica que se trata de una cláusula constitutiva de condición general de la contratación. Se manifiesta por la deudora que el tipo de interés moratorio fijado en la póliza inicial y en la de ampliación y novación hipotecaria, imponen un gravamen desproporcionado en perjuicio del consumidor, al resultar excesivo su importe en relación tanto al tipo del interés remuneratorio pactado en la póliza como al interés legal del dinero vigente durante la vida del préstamo, excediendo ampliamente el índice de 2,5 veces que se ha acogido como criterio legal (Ley 7/1995 LCC) y jurisprudencial.

...En el reciente panorama jurisprudencial se ha ido consolidando una doctrina que considera que el interés de demora exigible en los contratos celebrados con consumidores no puede exceder de 2,5 veces el interés legal del dinero, imponiendo al juez un control de oficio dejando fuera de la reclamación frente al consumidor los importes correspondientes a tales intereses excesivos o desproporcionados sin posibilidad de moderación judicial, como declaraba la sentencia de la Sala Primera del TJUE de fecha 14 de junio de 2012.

En el ámbito de los intereses de demora hipotecarios, se han dictado varias Resoluciones de Audiencias Provinciales que han aplicado en este ámbito el criterio de sancionar como abusivos intereses fijados en un 18 por 100 (AP de Valencia, de 4 de diciembre de 2012, para una escritura de préstamo suscrita en el año 2006; AP de Vitoria, de 13 de abril de 2011, en un supuesto similar) o AP de Vizcaya, de 15 de abril de 2013, para una escritura suscrita en el año 2008 y que estipulaba un interés de demora del 24 por 100).

Asume este juzgador la doctrina recogida y expresada en tales resoluciones, en la consideración de que no está justificada la fijación de un interés de demora en un porcentaje que excede ampliamente de los márgenes razonables teniendo en cuenta el tipo de interés legal vigente, el 4 por 100 y el remuneratorio pactado en la póliza, que se ajustaba al tipo de referencia del euribor más 0,82 por 100, lo que enmarca el tipo de interés de demora variable en torno al 20 por 100.

La consecuencia de tal declaración de nulidad por abusividad, ha de conllevar la nulidad de las actuaciones practicadas desde el momento del auto despachando ejecución, momento en el que debió poderse llevar a cabo el control de oficio de tal abusividad expurgando del contrato la cláusula abusiva en perjuicio del consumidor,

o, en su caso, darle la posibilidad de oponerse más allá de los estrechos cauces que permite la normativa española.

Así procede dictar nuevo auto despachando ejecución sin incluir los intereses de demora que superen en 2,5 veces el interés legal del dinero durante el período de liquidación previo requerimiento a la parte ejecutante a tal fin.

Lo mismo cabe decir del importe incluido en la demanda de ejecución y correspondiente a la penalización por resolución anticipada...

Se trata de una cláusula que carece de justificación más allá de configurar una sanción a mayores de los intereses de demora en perjuicio del consumidor, una penalización que impone unilateralmente la ejecutante cuando su posición en el contrato se verá asegurada mediante la ejecución sobre la garantía hipotecaria y la responsabilidad personal de los deudores más allá de la adjudicación del inmueble.

Se trata, en definitiva, de una sanción unilateral, desproporcionada e injustificada, que no cabe admitir por vulneración de la normativa española sobre protección de consumidores (art. 82 y 88.1 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Del mismo modo que en el punto anterior, procede la retroacción de las actuaciones al momento del despacho de ejecución, reduciendo el importe de la reclamación ejercitada en la cantidad correspondiente a dicho concepto inexigible para la parte deudora».

Los diversos criterios judiciales que hemos ido recogiendo en este trabajo en relación con la problemática de las cláusulas abusivas de intereses moratorios (y otras), pondrían de manifiesto, la incertidumbre a que en el momento presente se encuentran sometidos los deudores hipotecarios (y también los acreedores), en cuanto a la manera de resolver procesalmente la alegación o apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas tras las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013. De ahí que sea urgente una intervención del legislador reformando la normativa relativa a la ejecución hipotecaria para adecuarla al principio comunitario de efectividad, y que se haya planteado la necesidad de paralizar todos los procedimientos de ejecución hipotecaria, hasta que se apruebe una reforma legal, en evitación de sentencias contradictorias²⁴.

²⁴ La Editorial Tirant On Line publicó recientemente un formulario de oposición a la ejecución hipotecaria conforme a la doctrina de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, en el cual, en aplicación de dicha resolución, se fundamenta que «siendo éste un procedimiento especial, concebido para favorecer al acreedor ejecutante, quien, por otro lado, es el predispuesto de la cláusula abusiva nula, no puede continuar la tramitación de este procedimiento especialísimo sin que previamente se haya resuelto en la vía procesal adecuada, que no es otra sino la del juicio declarativo ordinario, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas litigiosas y, en su caso, la declaración de su nulidad de pleno derecho. Procede en consecuencia, el archivo de este procedimiento o, subsidiariamente, la suspensión del mismo hasta que la cuestión del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo sea resuelta en el procedimiento ordinario correspondiente.

Subsidiariamente, para el caso de que el anterior fundamento no fuera acogido por el juzgador, en aplicación de la doctrina del TJUE, procedería la apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas por el juez ante el que tengo el honor de dirigirme. En este contexto, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (en este sentido, sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, apartados 31 y 32; de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartados 42, 43 y 76 y jurisprudencia citada y de 14 de marzo de 2013, C-415/11,

4. IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA SENTADA POR EL TJUE EN SU SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2013 EN LA RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La importancia de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, en cuanto a la primera cuestión prejudicial resuelta, radicaría en que la asunción de su doctrina debería suponer un cambio en la concepción del procedimiento de ejecución hipotecaria, que de ser un procedimiento *pro creditore*, debería transformarse en un procedimiento más equilibrado en el que se redujera el automatismo de la hipoteca y de su ejecución. Si bien el procedimiento de ejecución hipotecaria se fundamentaría en la incontestabilidad de la deuda contenida en el título (escritura pública), lo que haría que se suprimiera toda cognición previa, como privilegio para el acreedor²⁵ (diferiendo la cognición al declarativo posterior; artículo 698 LEC), esto es precisamente lo que la sentencia comentada considera contrario al principio de efectividad comunitario, por impedir o dificultar la protección que la Directiva 93/13 presta al consumidor. De ahí que para el TJUE, no cabría más que o bien, apreciar de oficio o a instancia de parte en el procedimiento ejecutivo la existencia de cláusulas abusivas, o bien diferir la cognición de la nulidad por abusividad a un declarativo, pero pudiendo adoptar en este como medida cautelar la suspensión del procedimiento ejecutivo. Aunque se ha señalado que resulta muy oneroso para el deudor acudir a un declarativo para dilucidar la validez o nulidad de condiciones generales de la contratación incorporadas a su préstamo hipotecario, y solicitar en él la medida cautelar de suspensión, lo cual es cierto, la cognición en el declarativo sería más amplia y permitiría también, de manera mucho más clara, el control de la validez de los elementos esenciales del contrato, negociados por las partes, según el régimen de la Ley de Represión de la Usura, por lo que pienso que el legislador no debería descartar el conceder también esta alternativa al deudor. De manera que existirían tres alternativas legales para dar cumplimiento a la resolución del TJUE: permitir la oposición en la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas; plantear un declarativo para ello en el que se solicite como medida cautelar la suspensión del procedimiento ejecutivo o permitir al deudor ambas vías. En cualquier caso, parece que mientras el legislador no legisle, cualquier juez puede optar por permitir al deudor una u otra solución.

En todo caso, todo ello acentuará también la importancia del control de legalidad de las escrituras hipotecarias por parte de Notarios y Registradores de la Propiedad (art. 23.1 LCGC, 84 TRLGDCU, art. 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito y 258 LH), pues ya no sólo el deudor, sino también el acreedor, tendrá interés en que tal control sea especialmente riguroso,

apartado 46). El juez nacional está obligado, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a apreciar de oficio el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, incluso en el caso de que no se haya solicitado expresamente, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas de 4 de junio de 2009, apartados 31 y 32, y Banco Español de Crédito, apartado 43 y de 14 de marzo de 2013, apartado 41)».

²⁵ El procedimiento de ejecución hipotecaria sólo se podía suspender por tercera de dominio (art. 696 LEC) o prejudicialidad penal (art. 697 LEC), estando por lo demás, absolutamente limitados los motivos de oposición (art. 695 LEC).

para que la escritura de préstamo hipotecario llegue completamente depurada al procedimiento de ejecución. Precisamente, como señala GÓMEZ GÁLLIGO, citando el fundamento 7.º de la STC 41/1981, de 18 de diciembre, «la intervención notarial y registral es un argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para defender la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria»^{26 27}.

²⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013, pág. 21, nota 2.

²⁷ Con el desarrollo de la financiación hipotecaria han ido surgiendo fórmulas jurídicas y financieras cada vez más complejas, con la pretensión de tuvieran su reflejo en el Registro. Por ello, la calificación de las escrituras de préstamo hipotecario se fue convirtiendo en un verdadero problema. Existían criterios dispares en la calificación registral y del análisis de la doctrina científica y de la DGRN sobre esta materia resultaba una notable confusión. En relación con el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, el artículo 12 LH, en su redacción anterior a la reforma de 2007 se limitaba a disponer que «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado», aunque el artículo 9 LH, y 51.6.ª RH, contenía normas para la inscripción en general.

Se sostuvo la tesis, entre otras, de que como la obligación determina el contenido de la hipoteca, debían inscribirse, con el derecho real, las cláusulas del préstamo que hayan de tener efectos frente a terceros. El registrador *debe rechazar la inscripción de las estipulaciones que sólo produzcan efectos personales y, en cambio, debe inscribir los pactos que sean oponibles a terceros por concretar facultades del crédito hipotecario*. Ahora bien, para conseguir uniformidad en el contenido de la inscripción del derecho de hipoteca, se reformó el artículo 12 de la LH, por la Ley 41/2007. En la Exposición de Motivos de esta norma se indica: «Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto *precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad de la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa*. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real». No obstante, sobre la nueva norma también surgieron interpretaciones contradictorias. Así se defendió que el nuevo artículo 12 LH implicaba que ahora se tendrían que *inscribir las cláusulas financieras del préstamo aunque carezcan de trascendencia real, debiendo ser calificada toda cláusula* (de trascendencia real, y de trascendencia personal, para juzgar sobre su validez). Las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, previa su calificación y sólo cuando sean válidas, deben acceder al Registro, *porque al incidir en la obligación garantizada afectan al derecho real de hipoteca*. Lo que significa la reforma es que el registrador *ya no podrá excluir la inscripción de las cláusulas financieras por su naturaleza obligacional*, las cuales una vez inscritas tendrán oponibilidad. Frente a ello, la DGRN entendió que la norma distingue entre las cláusulas que se inscriben (las de trascendencia real, art. 12.1.º) y las que meramente se transcriben con efectos de publicidad noticia (art. 12.2.º, cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, siempre que se trate de hipotecas a favor de entidades financieras, pues en otro caso, no se transcriben), debiendo ser objeto de calificación sólo aquellas. Sólo se inscribe, y por ende, se califica lo que es propiamente contenido del derecho real, no el contenido obligacional del préstamo. *Únicamente se transcribirán las cláusulas financieras si se trata de hipotecas a favor de las entidades referidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, y si las cláusulas con trascendencia real son calificadas favorablemente* (RDGRN de 24 de julio de 2008). La novedad del artículo 12 LH vendría dada porque respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, *al registrador le está vedado incluso entrar*

a determinar si tienen o no, per se, trascendencia real o si deben afectar a terceros, estando obligado a hacerlas constar en el asiento [mediante transcripción, con efectos de publicidad noticia] en los términos resultantes de la escritura. En resumen, sería fundamental tener en cuenta que el artículo 18 LH delimita el ámbito de la calificación registral ciñéndola a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, y a los solos efectos de la inscripción. Por ello, la calificación únicamente podría afectar al contenido del derecho real, sin que pudiera extenderse a un pretendido control in complexu del contenido obligacional del negocio de préstamo. Por tratarse de un control que se realiza a los solos efectos de la inscripción, no puede extenderse a cláusulas que no hayan de ser inscritas. Pero la DGRN en su Resolución de 1 de octubre de 2010, ha variado sustancialmente el criterio expuesto en cuanto a la interpretación del artículo 12 de la LH. Considera que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras a las que se refiere el párrafo 2.º del artículo 12 LH, han de inscribirse [no meramente transcribirse] en el Registro, siempre y cuando el registrador haya calificado favorablemente aquellas que por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. En tal sentido, al estar contenidas en el asiento de inscripción, pueden legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria como resulta del artículo 130 LH y 153 bis de la LH. Literalmente ha indicado: «Dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos...

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas...». [SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C., «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, 2010, págs. 577 a 651. Vid., también: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (2010)].

«La sentencia de 1 de abril de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona — en juicio verbal interpuesto contra la [RDGRN de 24 de julio de 2008, anteriormente citada]— procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su sentencia de 16 de diciembre de 2009) y en la más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas, *Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011*). Según esta posición —jurisprudencial y del Centro Directivo de notarios y registradores— más reciente y acertada podemos afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras —incluidas las de vencimiento anticipado—, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin entrar en conceptos jurídicos indeterminados» (GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria»..., *op. cit.*, pág. 28). Hay autores, sin embargo, que han ido más lejos que esta RDGRN, entendiendo que también debería el registrador extender su control a aquellas condiciones que pudieran ser cláusulas abusivas según la definición general de cláusula abusiva del artículo 82 del TRLGDCU (cláusula contraria a la buena fe o que rompe el justo equilibrio de prestaciones o perjudica de manera desproporcionada al

consumidor o usuario). A favor de esta posición se ha manifestado BUSTO LAGO (BUSTO LAGO, «El control registral de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, septiembre-octubre de 2001, págs. 1972 y 1974). También puede citarse a José María MIQUEL. Según este autor, «aunque se habla constantemente de control judicial de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, en realidad el control del que tratamos es un control de legalidad que incumbe a todo aquel que deba aplicar la ley. Se trata ante todo de un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predispuestas que realiza la ley y cuya consecuencia es la nulidad de pleno derecho (art. 83 TRLGDCU). Es decir, ni los jueces tienen un poder configurador del contenido contractual, ni es necesaria una sentencia para que se produzca la nulidad, porque ésta es de pleno derecho. La STJUE de 4 de junio de 2009 (Caso Pannon, C 243/08) confirma que la apreciación de la nulidad no requiere una declaración judicial y con ello desautoriza una interpretación a sensu contrario del artículo 84 TRLGDCU y que el control de legalidad de las cláusulas predispuestas corresponda solamente a los jueces.

Ahora bien, el control abstracto del contenido de las condiciones generales, por medio de las acciones colectivas, sí es, en cierto sentido, un control judicial, si lo designamos así justamente por oposición a un hipotético control administrativo, es decir, en el sentido de que no existe un control administrativo [previo a la utilización de las condiciones generales] que someta las condiciones generales a un control abstracto de validez por un órgano de este tipo. Pero ese control judicial efectuado en abstracto sigue siendo un control legal de validez, porque los Tribunales al ejercer ese control lo hacen exclusivamente en aplicación de la ley. Los Tribunales además tienen la última palabra en cuanto a la declaración de nulidad de una condición general o cláusula predispuesta, pero, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, la nulidad existe con independencia de la sentencia. Otros funcionarios (notarios, registradores y los competentes para imponer sanciones) dentro de su competencia, pueden y deben apreciar esa nulidad sin que sea obstáculo una improcedente interpretación a contrario del artículo 84 TRLGDCU o del artículo 258.2 de la LH. Como acertadamente dijo DE CASTRO, «la nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación» (*Derecho Civil de España*, 1949, I, pág. 539). Obviamente las decisiones de estos funcionarios son recurribles y los Tribunales tienen la última palabra, pero los funcionarios pueden y deben aplicar la ley sin necesidad de una previa decisión judicial. Por eso, no es exacto decir que el control de las condiciones generales es un control judicial, a no ser que se diga del control abstracto en el sentido que antes hemos precisado. Es decir, el control abstracto de contenido es judicial por oposición a administrativo. Tanto el Tribunal Supremo en STS de 28 de mayo de 2008 (Sala 3.^a), que declaró la nulidad de ciertos artículos del Reglamento Notarial, como la DGRN, en su Resolución de 19 de abril de 2006, entre otras, han estado poco acertados al no apreciar debidamente el control de legalidad que corresponde a notarios y registradores en el ámbito de sus competencias. La Ley de 29 de marzo de 2009 [debe referirse a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito] en su artículo 18 ha desautorizado afortunadamente de manera general la doctrina de ambas decisiones» (MIQUEL, J. M.^a, «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2010, págs. 42 y 43). Esta última posición, más incierta (en cuanto el Registrador de la Propiedad no es un órgano judicial), no es compartida por GÓMEZ GALLIGO que señala el siguiente ámbito de control registral de las cláusulas abusivas en la contratación hipotecaria:

«En concreto, tratándose de condiciones generales abusivas, los notarios y registradores deben rechazarlas en los tres siguientes casos:

- a) Cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas (hoy día contenida en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU de 2007, antes Disposición Adicional primera de la misma Ley de 1984), de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas: la razón es que «son nulas en todo caso» y no cabe interpretación.

En lo relativo a la segunda cuestión prejudicial resuelta, el TJUE sienta unos criterios para la apreciación de la abusividad en relación con el pacto de liquidación unilateral, las cláusulas de vencimiento anticipado y los intereses moratorios. Ciertamente, como se ha señalado, el pacto de vencimiento anticipado, las cláusulas de intereses moratorios, y las costas, son los clausulados del contrato de préstamo hipotecario que mayores problemas causan al deudor [en un contexto de hipoteca que no altera el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 105 LH)], aparte de otras consideraciones en torno al agravamiento de las consecuencias de este principio por las condiciones de concesión de los préstamos hipotecarios en el pasado reciente y el fenómeno de expansión y estallido de la burbuja inmobiliaria.

No vamos a entrar, sin embargo, en el examen de esos criterios dados por el TJUE para apreciar el carácter abusivo de los pactos de vencimiento anticipado y liquidación unilateral de la deuda e intereses moratorios, pues pensamos que merece un estudio más detenido que el que permiten estas líneas.

III. EL TEXTO LEGISLATIVO PROPUESTO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR

En la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso, se han estado tramitando conjuntamente tres proyectos legislativos: la tramitación como Proyecto de Ley del Real Decreto-ley 27/2012; la Iniciativa Legislativa Popular presentada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca; y finalmente, la proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social²⁸. Es este último texto el que resultó aprobado en dicha Comisión, con competencia legislativa plena, y el que ha sido remitido al Senado.

-
- b) Cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace.
 - c) Cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 82 TRLGDCU de 2007 —antes art. 10 bis de la LGDCU—, ya que corresponde al juez, en tales casos, declarar tal nulidad e integrar en tal caso el contrato. Por supuesto, tampoco podrán considerar abusivas cláusulas contractuales negociadas individualmente o aquellas que integren el objeto del contrato —como pudiera ser el precio en una compraventa o el tipo de interés en un préstamo— (GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria»..., *op. cit.*, págs. 26 y 27).

²⁸ Los textos legislativos que se han ido proponiendo para la solución del sobreendeudamiento del consumidor y de los problemas derivados del impago del préstamo hipotecario han sido muy numerosos. Podemos citar:

- Proposición de Ley relativa a la prevención y el tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B. 9 de mayo de 2003, núm. 336-1. VII Legislatura.
- Proposición de Ley sobre medidas para proteger los intereses de los ciudadanos en el ámbito del mercado inmobiliario e hipotecario. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B; 16 de mayo de 2008, núm. 105-1. IX Legislatura.

Si bien, el resultado final del paso por el Senado de dicho texto merecerá un estudio especial, analizo a continuación muy someramente el texto que proponía el Grupo Parlamentario Popular antes de su definitiva aprobación en la mencionada Comisión.

-
- Proposición de Ley sobre el derecho a la vivienda. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B. 13 de febrero de 2009, núm. 152-1. IX Legislatura.
 - Proposición de Ley sobre el contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipos de interés. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados. 23 de abril de 2010, núm. 238-1. IX Legislatura.
 - Proposición de Ley sobre modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie B, 18 de marzo de 2011, núm. 308-1.
 - Proposición de Ley por la que se reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en materia de ejecución hipotecaria. Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 11 de marzo de 2011, núm. 306-1. IX Legislatura.
 - De modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOCG. Senado. Serie III A. 2 de junio de 2010, núm. 22 (a). IX Legislatura.
 - Proposición de Ley de medidas urgentes en materia de ejecución hipotecaria. Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 27 de junio de 2011, núm. 322-1. IX Legislatura.
 - Proposición de Ley relativa a la dación en pago y la protección de las personas físicas insolventes. Presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 27 de diciembre de 2011, núm. 11-1. X Legislatura.
 - Proposición de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B, 20 de julio de 2012, núm. 86-1. X Legislatura.
 - Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante los procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. Presentada por el Parlamento de Cataluña. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, 7 de septiembre de 2012, núm. 93-1. X Legislatura.
 - Proposición de Ley de medidas contra el desahucio, el sobreendeudamiento y la insolvencia. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, 31 de octubre de 2012, núm. 98-1.
 - Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y familiar y de protección ante procedimientos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió). BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, 23 de noviembre de 2012, núm. 100-1. X Legislatura.

1. ¿RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS?

En cuanto al problema existente y que dio lugar a la STJUE, de 14 de marzo de 2013, de la imposibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la reforma propuesta *supondría la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas (pero solo limitadamente, en cuanto incidan directamente en la ejecución). Ahora bien, en relación a la STJUE, de 14 de junio de 2012, y su posible aplicación a los procesos de ejecución hipotecaria y en relación a la doctrina sentada por la STJUE, de 14 de marzo de 2013, en cuanto a los criterios para apreciar la existencia de cláusulas abusivas, a mi juicio, la nueva normativa no resolvería el problema de los intereses moratorios abusivos ni daría cumplimiento a la jurisprudencia comunitaria, ni por tanto, al Derecho comunitario en la materia.*

En concreto, para los nuevos procedimientos que se inicien tras la entrada en vigor de la norma, en el artículo 695 LEC, relativo a las causas de oposición en la ejecución hipotecaria, se añade la posibilidad de plantear oposición por el carácter abusivo de una cláusula contractual que *constituya el fundamento de la ejecución* (por ejemplo, hay una cláusula de vencimiento anticipado en el contrato que es abusiva y permite reclamar la totalidad del capital prestado y pendiente de pago) o bien una cláusula abusiva que hubiese determinado la cantidad exigible (cláusula suelo, cláusula de interés moratorio, etc.). La oposición por cláusulas abusivas se limita a aquellas que tienen relevancia directa en la propia ejecución hipotecaria planteada.

Formulada la oposición, se suspende la ejecución, y el Tribunal resuelve en forma de auto. Si se estima que la cláusula contractual denunciada que *fundamentaba la ejecución es abusiva, se acuerda el sobreseimiento del procedimiento.*

Si la cláusula abusiva determinaba la cantidad exigible, el juez resuelve *lo procedente y en todo caso, el procedimiento continuaría sin la aplicación de dicha cláusula.* La alegación de cláusulas abusivas parece que sí se ha resuelto, en la medida en que todas las que condicionen la ejecución y la cantidad reclamada en la misma, entiendo que podrán ser alegadas.

Pero, ¿se va a eliminar la cláusula que establecía un interés moratorio abusivo o se la va a modificar? En mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundada en derecho, habría que eliminar dicha cláusula, lo que estaría en línea con la STJUE, de 14 de junio de 2012, que para un procedimiento monitorio, como hemos explicado antes, entendió que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige *suprimir la cláusula abusiva de modo que no se aplique interés moratorio alguno*, pues si se integrase el contrato, modificando el contenido de la cláusula declarada nula, *se evitaría el efecto disuasorio para el profesional que la supresión de la cláusula tiene.* A mi juicio esta doctrina es trasladable, *mutatis mutandi*, al procedimiento de ejecución hipotecaria. Así lo ha entendido el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia, número 13 de Málaga, de 20 de noviembre de 2012, a que se hizo antes mención. Sin embargo, la norma proyectada parecería querer impedir la aplicación de esta doctrina.

La Ley proyectada establecería un límite a los intereses moratorios abusivos de tres veces el interés legal del dinero (nuevo art. 114 de la LH). Lo establecería para el futuro, pero en las disposiciones transitorias se prevería también *la aplicación de este límite a los intereses previstos en préstamos constituidos antes de la entrada en vigor de la norma, y que se devenguen con posterioridad o que se hayan devengado antes de la entrada en vigor y no hayan sido satisfechos, dándose simplemente un plazo de diez días en los procedimientos de ejecución actualmente*

en curso para que se recalcule la cantidad exigida por intereses moratorios, si ya pasó el momento de la oposición a la ejecución. Es evidente que si esto se prevé [el recálculo] para los procedimientos en curso, para los que se inicien tras la entrada en vigor de la norma, aunque pueda ya formularse oposición por interés moratorio abusivo, se aplicará la misma solución *de modificar el interés y no la eliminación de la cláusula.* Es más, al limitar por ley el interés moratorio a *tres veces el interés legal del dinero con efectos retroactivos*, se impediría o dificultaría igualmente la aplicación analógica del límite previsto en el artículo 20 de la Ley de Crédito al consumo, más favorable al deudor; y al que hemos visto que recurría la Jurisprudencia [2,5 veces el interés legal del dinero], o la aplicación supletoria simplemente del interés legal (derecho dispositivo aplicable en caso de inexistencia de la cláusula de interés de demora, según el artículo 1108 del Código Civil, al que remite la STJUE, de 14 de marzo de 2013, según hemos explicado antes). *Soluciones, todas ellas, más favorables que la aparentemente adoptada.*

Podemos preguntarnos también qué pasará con los procedimientos de ejecución hipotecaria que están en curso al entrar en vigor esta norma y en los que ya ha pasado el plazo de oposición. La Ley concede un plazo de un mes para formular un incidente *extraordinario de oposición* basado en la existencia de cláusulas abusivas (que no se refieran al interés moratorio, pues para ello se prevería lo dicho antes: plazo de diez días para *recalcular el interés*). Podrían referirse a un pacto de vencimiento anticipado abusivo: por ejemplo, se inició la ejecución por dejar de pagar una o dos mensualidades. Según la ley el pacto de vencimiento anticipado sólo es válido cuando se han dejado de pagar tres mensualidades o cantidades equivalentes a tres mensualidades. Como esta reforma del pacto de vencimiento anticipado *es aplicable retroactivamente y se aplica a los procesos en curso, tal alegación podría prosperar. Pero pueden existir otros pactos de vencimiento anticipado que no sean el descrito que también sean abusivos, aunque no estén tipificados legalmente. También ellos deberían ser apreciados por el juzgador.*

Este plazo de un mes se computa desde el día siguiente a la entrada en vigor de la ley y la formulación del incidente de oposición suspenderá el proceso hasta resolver el incidente.

Si ya el procedimiento de ejecución hipotecaria hubiera culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente y lanzamiento del deudor, no se podrá plantear la oposición en la ejecución hipotecaria por cláusulas abusivas. Pero sí se podría plantear en la ejecución ordinaria posterior que se dirija sobre todo el patrimonio del deudor y de sus fiadores por la cantidad no satisfecha en la ejecución hipotecaria, o podría abrirse un declarativo ordinario para obtener una indemnización.

2. EL PROBLEMA DE LA DEUDA REMANENTE TRAS LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Era fenómeno habitual en las subastas la no concurrencia de postores, y por lo tanto que el banco se adjudicaba la vivienda, esto es, la compraba, a cambio de extinguir parte del crédito. La LEC indicaba, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 8/2011 y la Ley 37/2011, que el banco podía adjudicarse el bien por cantidad *igual o superior al 60 por 100 del valor en que lo tasó inicialmente.* De modo que el deudor continuaba debiendo, tras perder su vivienda, capital, intereses remuneratorios, intereses moratorios, y costas, deducido ese importe nominal de la adjudicación, pudiendo ser esa deuda remanente superior al capital

que se le concedió como préstamo (por el incremento que en la deuda suponían los intereses de demora y las costas del procedimiento).

El nuevo texto prevé que si se trata de vivienda habitual, la adjudicación al acreedor se hará por importe *igual al 70 por 100 del valor de tasación inicial* o bien si la cantidad que se le debe es *inferior a ese porcentaje, por el 60 por 100*. Esto último puede suponer que si el valor de tasación era 100, y la deuda 30, como la adjudicación debe producirse por el 60 por 100, el acreedor deberá entregar en metálico 30 al deudor. Esta última medida es una mejora importante, pero ya estaba contemplada a raíz del Real Decreto-ley 8/2011. Ahora bien, si la deuda es superior al 60 por 100 e inferior al 70 por 100 del valor de tasación sigue habiendo remanente insatisfecho, porque se prevé adjudicación por el 60 por 100 para tal caso (¿y por qué no, nos preguntamos, por el importe de la deuda, *por lo menos*, para que quede totalmente extinguida?). Igualmente queda remanente pendiente, si la deuda es superior al 70 por 100 del valor de tasación inicial, en cuyo caso la adjudicación se produce, parece que imperativamente, por el 70 por 100. Es cierto que la norma eleva el porcentaje de adjudicación y lo aproxima más a lo que sería el valor actual de mercado del inmueble. Pero con esta dicción legal, el legislador impide aplicar (o por lo menos, dificulta) la aplicación de la doctrina jurisprudencial que moderaba la responsabilidad patrimonial del deudor por la vía de entender que la adjudicación del bien se producía por el 100 por 100 del valor de tasación inicial si el importe de la deuda total excedía de dicho porcentaje, al no poder fijar unilateralmente el acreedor el precio de adjudicación. Esta solución, que explicamos en otros trabajos²⁹, unida a la nueva posibilidad abierta por la STJUE, de 14 de junio de 2012, de eliminación de la cláusula de interés moratorio abusivo, *sin integración de la misma*, pienso que dejaría al deudor hipotecario en una situación mucho más ventajosa que la resultante del nuevo texto legal propuesto. La pregunta que cabe formularse, entonces, es si realmente estamos ante una mejora legislativa, cuando el uso de medios legales que el ordenamiento pone al alcance del juzgador permitiría obtener para el deudor hipotecario soluciones mucho más ventajosas que las que propone la reforma legislativa.

Continuando con el análisis del texto propuesto, si con la adjudicación del bien, no se satisface íntegramente la cantidad por la que se hubiese despachado la ejecución, más los intereses y costas devengados durante la ejecución, con ese importe nominal de la adjudicación se entenderían pagados, por este orden, primero, los intereses remuneratorios, *luego el principal*, después los intereses moratorios y luego las costas. Con esta norma que modifica el Código Civil, se evita que primero se entiendan pagados los intereses (que es la regla que fija el CC) y luego, si es posible, el capital.

Esta regla del Código Civil [en la imputación de pagos no cabe imputar el pago al capital mientras existan intereses devengados por aquel pendientes (art. 1173 CC)] hacía que al seguir el capital pendiente de pago, totalmente o en una buena proporción, *siguiere devengando intereses moratorios en una espiral sin fin. Esta solución es más razonable, aunque se ve mermada por lo que diremos después*.

Terminada la ejecución hipotecaria, y no satisfecha toda la deuda, se puede pedir un nuevo despacho de ejecución contra el deudor y sus fiadores, sobre sus

²⁹ JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013.

patrimonios personales. Incluso, si el deudor puede beneficiarse de la suspensión del lanzamiento y continuar viviendo en el inmueble que ya es propiedad de la entidad crediticia, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad. Ahora bien, esa ejecución se ajusta a unas nuevas especialidades.

Se concede una *segunda oportunidad* al deudor en los siguientes términos: una condonación o perdón parcial de su deuda, si se dan los siguientes requisitos:

- Si en los cinco años posteriores a la adjudicación al acreedor, abona el deudor el 65 por 100 de la deuda pendiente, queda liberado. Pero la deuda pendiente va *generando un interés moratorio hasta el momento de pago total igual al interés legal del dinero (y un interés de un 2 por 100 en el caso de los deudores especialmente vulnerables no lanzados)*. Esa deuda pendiente, *puede estar integrada exclusivamente por los intereses moratorios y costas devengados hasta la adjudicación en pago, por haberse pagado todo el capital según la nueva regla de imputación de pagos. ¿Por qué debería en tal caso devengar un interés legal (anatocismo) según permite el nuevo artículo 114 LH en relación con el artículo 579 LEC nuevo?*³⁰ ¿No eliminaría esto buena parte de la virtualidad de la alteración de la regla de imputación de pagos?

³⁰ Artículo 4 de la Proposición de ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social:

«La Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, queda modificada como sigue:

Uno. Se añade un párrafo al artículo 114, que queda redactado del siguiente modo:

“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC”.

Artículo 8 de la Proposición de Ley:

“La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, queda modificada como sigue:

...Cinco: El artículo 579 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 579: Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados:

1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.
2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:
 - a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, el 65 por 100 de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por 100 dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por 100 dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la

- Si en los diez años posteriores satisface el 80 por 100 de la cantidad pendiente con los intereses moratorios calculados según lo dicho antes.

De no darse tales circunstancias, el acreedor puede reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

La pregunta es si realmente va a poder un deudor hacer frente a estas condiciones.

La segunda especialidad introducida es que si se adjudica el bien al acreedor y en el plazo de diez años desde la adjudicación, se enajena la vivienda, el 50 por 100 de la plusvalía obtenida por la venta se puede aplicar para reducir la deuda que el deudor tenía *en el momento de la enajenación*. Esta norma sí que parece más positiva, pero sólo producirá efectos en caso de enajenación del inmueble. Es posible que las entidades bancarias opten por el arrendamiento de tales bienes, máxime, cuando se está tramitando un Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que como su nombre indica fortalece la posición de los arrendadores, y disminuye el carácter tuitivo de la norma arrendaticia hacia el arrendatario³¹.

totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

- b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación a favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en la venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior».

³¹ Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, 7 de septiembre de 2012, núm. 21-1. X Legislatura.

Hoy, 15 de abril, fecha en que concluía este trabajo, ha sido publicada en el BOE la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según ha publicado el *Diario La Ley*, núm. 8082, Sección «Hoy es Noticia», de 14 de mayo de 2013, «se amplía de cinco a quince días el plazo con el que cuenta el juez para dar audiencia al acreedor y al deudor cuando se detecta la existencia de cláusulas abusivas.

El Gobierno va a ampliar los plazos con los que cuentan jueces y secretarios judiciales para recibir en audiencia a los afectados por ejecuciones hipotecarias, además de ampliar a los fiadores la protección que la nueva Ley Antidesahucios prevé para los avalistas hipotecarios.

Así consta en una de las enmiendas que el PP ha presentado en el Congreso al proyecto de Ley de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, a las que ha tenido acceso Europa Press. De esta manera, el grupo mayoritario propone modificar una norma que fue aprobada de forma definitiva en el Senado hace apenas una semana y a la que no quiso incorporar ninguna enmienda de las propuestas por la oposición en toda la tramitación parlamentaria.

Ahora, los “populares” proponen la modificación de varios puntos de la Ley Antidesahucios. En concreto, piden ampliar de cinco a quince días el plazo con el que cuenta el juez para

dar audiencia al acreedor y al deudor cuando se detecta la existencia de cláusulas abusivas. Asimismo, se prevé que el plazo para tomar una decisión será de cinco días hábiles, y no naturales como recogía la norma.

En el mismo sentido se amplía también de cuatro a quince días el plazo con el que contarán los secretarios judiciales para suspender una ejecución hipotecaria y convocar a las partes tras formularse oposición por parte del deudor.

Por otra parte, los “populares” recogen en su enmienda la previsión de que las medidas de protección incluidas en la ley se apliquen tanto a los avalistas hipotecarios como a los fiadores, siempre que lo sean del deudor principal, precisión que hasta ahora no hacía la normativa.

Además, se incluye una modificación del artículo de la Ley Antidesahucios en la que se encomienda al Gobierno la creación de un fondo social de viviendas con el objetivo de estipular que podrán acceder a esta opción las víctimas de desahucio que cumplan las condiciones previstas para acogerse a la moratoria. Esta previsión había sido eliminada del texto por el PP con el objetivo de que se pudiera ampliar el umbral de aplicación de la medida.

No obstante, en un texto acordado en el Congreso en el último momento con UPN, se recogía la previsión de que, seis meses después de la entrada en vigor de la ley, se valoraría la posibilidad de ampliar la cobertura de este fondo si aún quedaran viviendas disponibles» (Fuente, Europa Press).

También hoy mismo hemos tenido conocimiento de las Conclusiones del Encuentro «Jornada sobre las repercusiones de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio», celebrado en el Servicio de Formación Continua, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del TS, don Juan Antonio XIOL y moderada por los Vocales del CGPJ, don Manuel ALMENAR y don Ramón CAMP. Dichas conclusiones son las siguientes:

«1. Es necesario adaptar la legislación española, especialmente la de carácter procesal, al Derecho europeo y a la doctrina sentada por el TJUE, para garantizar al consumidor una protección más eficaz, en los términos exigidos por la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, y normativa que la desarrolla.

2. La reforma legislativa en curso da respuesta a algunas de las cuestiones que suscita la doctrina del TJUE, lo que no exime a los jueces del deber de completar las lagunas que pudieran existir aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico europeo y nacional.

3. El juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir una solución acorde al derecho europeo y a la interpretación que del mismo hace el TJUE.

4. Aunque el problema de las cláusulas abusivas trasciende a todo el ordenamiento, las reflexiones o propuestas analizadas se refieren al ámbito de ejecuciones hipotecarias en contratos entre profesionales y consumidores.

5. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo, las cláusulas abusivas nulas no vinculan a ningún efecto. El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas.

6. Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se atenderá, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato y a las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. En particular, se atenderá a los parámetros recogidos en la proposición de ley sometida hoy a la aprobación del Senado.

7. Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas:

- En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 LH.
- En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que

deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula.

- En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia.

8. Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad:

- *En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del art. 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo art. 114 LH).*
- *En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (arts. 1124 y 1129 CC), sin que proceda despachar ejecución.*

9. El deber de los tribunales españoles consistente en el control de oficio de las cláusulas abusivas incluidas en contratos con consumidores, tiene especial relevancia en el proceso de ejecución y en el juicio monitorio. Por exigencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hay que acomodar los trámites procesales al efectivo control por parte del juez de los derechos del consumidor.

10. En el procedimiento de ejecución el control de oficio debe, de entrada, ejercitarse en la fase de admisión de la demanda, siguiendo la pauta contenida en la proyectada reforma del artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El juez, si advierte que el título ejecutivo contiene alguna cláusula abusiva, deberá ponerlo en conocimiento de las partes y darles una audiencia de cinco días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, sin necesidad de abrir ningún incidente. El juez, si aprecia el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, determinará las consecuencias de ello y declarará, bien la denegación de la ejecución bien el despacho de la misma sin aplicación de aquellas cláusulas que estime abusivas. Frente al auto despachando ejecución sin aplicar la cláusula abusiva cabrá recurso de apelación, respecto de la denegación parcial del despacho de ejecución.

Lo anterior es un criterio orientativo que debe aplicarse hasta la entrada en vigor de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, que prevé expresamente este control al tiempo de despachar la ejecución.

Respecto de todos los procedimientos en trámite en los que ya se ha despachado ejecución, se recomienda, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la futura reforma legal, y si se advierte que existe una posible cláusula abusiva, conceder la posibilidad de que el deudor haga valer en la fase de oposición la existencia de esta cláusula. De haber precluido el plazo para ello, se habilitará un plazo de un mes para formular oposición con ese fin.

Transcurrido el plazo sin que el deudor se haya opuesto, el juez podrá apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, oyendo al ejecutante si no se hubiera manifestado al respecto.

11. En el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del secretario judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

IV. CONCLUSIONES

1. Las SSTJUE, de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, han supuesto un avance importante en la protección de los deudores hipotecarios frente a cláusulas abusivas, y frente al automatismo del procedimiento de ejecución hipotecaria, que de ser un procedimiento *pro creditore*, se configurará ahora como un procedimiento de ejecución más equilibrado.
2. Ello supondrá un reforzamiento del papel de los notarios y registradores en el control de las cláusulas abusivas en la medida en que interesa tanto a deudor como a acreedor que el título ejecutivo inscrito llegue depurado al procedimiento de ejecución.
3. La diversidad de resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación de las dos sentencias del TJUE antedichas, parece que hacía necesaria una intervención del legislador.
4. Existe la duda de si realmente tal intervención legislativa supondrá una verdadera mejora de la situación de los deudores hipotecarios, en la medida en que otros mecanismos legales al alcance de los órganos judiciales, permitían interpretaciones del ordenamiento jurídico vigente que, en una primera aproximación, parecían proporcionar al deudor hipotecario soluciones más ventajosas que las propuestas en el texto presentado por el Grupo Parlamentario Popular a la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso (proposición de Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), texto que en la fecha de culminación de este trabajo se publicó en el *BOE* como la Ley de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y cuya reforma ya se prevé a través de las *enmiendas que el Grupo Popular ha presentado en el Congreso al proyecto de Ley de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, I. Introducción y Parte General*, 15.^a ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C.: «La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE, de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8078, Sección Documento on-line, 8 de mayo de 2013.
- BUSTO LAGO: «El control registral de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, septiembre-octubre, 2001.
- CABALLERO GEA, J. A.: *Hipotecas. Contratos bancarios. Intereses. Ejecución hipotecaria judicial. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la DGRN*. Ed. Dykinson, Madrid, 2012.
- CONCLUSIONES DEL ENCUENTRO «JORNADA SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN TRANSITORIO», celebrado en el Servicio de Formación Continua, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del TS, don Juan Antonio XIOL y moderada por los Vocales del CGPJ, don Manuel ALMENAR y don Ramón CAMP.

- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*. Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.
- DIARIO LA LEY, número 7985, Sección *Hoy es Noticia*, 17 de diciembre de 2012.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (2010).
- «Desahucios y mercado hipotecario», en *Expansión*, viernes 18 de enero de 2013.
- «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, enero-febrero de 2013.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN Y REFORMA PROCESAL DE LOS PROCESOS CIVILES: *Propuestas para la agilización y reforma de los procesos civiles*.
- KOKOTT, J.: *Conclusiones de la Abogada General del TJUE sobre el sistema hipotecario español* [asunto C415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)].
- MIQUEL, J. M.^a: «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», en *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2010.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2000.
- JUECES DECANOS DE ESPAÑA: *Conclusiones de los jueces decanos sobre la Ley Hipotecaria*.
- JUECES PARA LA DEMOCRACIA: *Boletín de la Comisión de Privado*, 4.º trimestre de 2012.
- REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 735, enero-febrero de 2013. Número monográfico relativo a la Dación en Pago.
- SALAS CARCELLER, A. (coord.): *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*. Editorial Aranzadi, S. A., 1.ª ed. Cizur Menor, 2012.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: «Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la Doctrina de la DGRN», en *Libro Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, 2010, págs. 577 a 651.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a E.: «Capítulo 5.º El reto de la protección de los particulares ante la crisis», en *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*. Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL (dir.). Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 26 de octubre de 2006.
- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 21 de octubre de 2010.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 21 de febrero de 2013.
- STC de 10 de febrero de 1992.
- Declaración del Pleno del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.
- STS de 16 de mayo de 2000.
- STS de 30 de abril de 2002.
- STS de 30 de noviembre de 2002.
- STS de 7 de mayo de 2003.
- STS de 3 de febrero de 2005.
- STS de 21 de julio de 2005.
- STS de 4 de noviembre de 2005.

- STS de 28 de mayo de 2008 (Sala 3.^a).
- STS de 16 de diciembre de 2009.
- STS de 23 de septiembre de 2010.
- STS de 18 de junio de 2012.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- SAP de Valladolid (Sección 3.^a), de 22 de febrero de 2011.
- SAP de Sevilla (Sección 5.^a), de 7 de octubre de 2011.
- SAP de Madrid (Sección 21.^a), de 5 de marzo de 2012.
- SAP de Burgos (Sección 3.^a), de 23 de marzo de 2012.
- SAP de Valencia (Sección 7.^a), de 20 de abril de 2012.
- AAP de Barcelona (Sección 17.^a), de 24 de mayo de 2004.
- AAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 2 de marzo de 2005.
- AAP de Barcelona (Sección 14.^a), de 9 de noviembre de 2006.
- AAP de Ciudad Real (Sección 2.^a), de 24 de julio de 2007.
- AAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 29 de noviembre de 2010.
- AAP de Tarragona (Sección 1.^a) de 10 de julio de 2012.
- AAP de Girona (Sección 2.^a), de 12 de enero de 2011.
- AAP de Tarragona (Sección 3.^a), de 20 de abril de 2012.
- AAP de Barcelona (Sección 4.^a), de 12 de julio de 2012.
- AAP de Burgos (Sección 2.^a), de 10 de abril de 2013.
- AJI, número 2 de Sabadell, de 21 de enero de 2010.
- AJI, número 13 de Málaga, de 20 de noviembre de 2012.
- AJI, número 12 de Valladolid, de 24 de abril de 2013.
- AJMer, número 3 de Barcelona, de 19 de julio de 2011.
- Acuerdo de la AP de Girona, de 30 de septiembre de 2005.
- Acuerdo de la AP de Girona, de 14 de septiembre de 2009.
- Acuerdo del Pleno de la AP de Madrid, de 4 de marzo de 2012.
- Acuerdo de la Junta de Jueces de 1.^a Instancia de Barcelona, de 4 de abril de 2013.
- Acuerdo de la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia.
- RDGRN de 19 de abril de 2006.
- RDGRN de 24 de julio de 2008.
- RDGRN de 1 de octubre de 2010.
- RDGRN de 4 de noviembre de 2010.
- RDGRN de 21 de diciembre de 2010.
- RDGRN de 11 de enero de 2011.

RESUMEN

**EJECUCIÓN HIPOTECARIA.
CLÁUSULAS ABUSIVAS.
SSTJUE DE 14 DE JUNIO DE 2012
Y 14 DE MARZO DE 2013**

En el presente trabajo la autora ofrece una panorámica general de la legislación relativa al préstamo hipotecario y al mercado hipotecario existente en España antes y después del estallido de la burbu-

ABSTRACT

**MORTGAGE FORECLOSURE.
ABUSIVE CLAUSES.
EUROPEAN COURT OF JUSTICE
JUDGMENTS OF 14 JUNE 2012
AND 14 MARCH 2013**

In this paper the author offers a general overview of Spanish legislation on mortgage loans and the mortgage market before and after the real estate

ja inmobiliaria. Igualmente, analiza las recientes sentencias del TJUE, de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, y la discrepante jurisprudencia surgida con posterioridad a las mismas, ante la necesidad imperiosa para los órganos judiciales de dar cumplimiento al principio de efectividad comunitario en relación con la Directiva 93/13 de protección de consumidores y usuarios. También estudia diversos documentos no jurisdiccionales procedentes de órganos del poder judicial o de grupos de trabajo integrados por jueces, que recogen propuestas de reforma o propuestas interpretativas ante la inminente publicación de la Ley de 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Finalmente, la autora analiza el texto propuesto por el Grupo Parlamentario Popular que ha dado lugar a dicha Ley, con el propósito de determinar si da cumplimiento o no a las directrices marcadas por la jurisprudencia comunitaria en torno al procedimiento de ejecución hipotecaria y en torno a las cláusulas de intereses moratorios abusivos, así como si supone una mejora global real o no en la protección del deudor hipotecario. Se destaca igualmente, el importante papel de notarios y registradores en la depuración de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, papel reforzado tras los últimos pronunciamientos del TJUE.

bubble burst. The author also examines the recent judgments of the European Court of Justice of 14 June 2012 and 14 March 2013 and the discrepant case-law that has arisen in their wake, given the compelling need for judiciary authorities to enforce the EC rule of effectiveness in connection with Directive 93/13 on consumer protection. The author then goes on to examine various non-judiciary documents from judiciary bodies and judges' working groups containing proposals for reform or interpretation in view of the imminent publication of Spanish Act 1/2013 of 14 May on measures to reinforce the protection of mortgage borrowers, restructuring of debt and public rentals. Lastly, the author looks into the text proposed by the Popular Parliamentary Group that gave rise to the act, to determine whether or not it complies with the guidelines set by EC case-law on the mortgage foreclosure procedure and on abusive clauses on interest on late payment, and to determine whether or not it affords a real overall improvement of protection for mortgage borrowers. The author notes the important role played by notaries and registrars in the elimination of abusive clauses from mortgage loans; this role has been strengthened by the latest pronouncements from the European Court of Justice.

2. DERECHO MERCANTIL

SWAP Y SYNALAGMA

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

SUMARIO: I. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SENTENCIAS DE 8 Y 9 ENERO DE 2013.—II. LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SWAP Y SU CARÁCTER SINALAGMÁTICO.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SENTENCIAS DE 8 Y 9 ENERO DE 2013

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1631) se soluciona la problemática de la calificación concursal de un crédito procedente de un contrato de permuta financiera (*swap*) sobre la dicotomía consistente entre su consideración como crédito concursal o bien como crédito contra masa, que sin duda es la cuestión trascendental de carácter concursal que se resuelve en ambas casaciones¹, aunque no va a ser ésta la que analicemos en el presente trabajo², centrándonos por el contrario en el carácter sinalagmático —en contra de lo sostenido por el Tribunal Supremo— de estos peculiares instrumentos finan-

¹ Lo cual ha de analizarse también en el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 5/2005, que tantas controversias —no sólo interpretativas— ha suscitado desde su aprobación. En este sentido y sobre la naturaleza de las garantías financieras y su relación con el pacto comisorio, vid. REDONDO TRIGO, «El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 83, núm. 699, 2007, págs. 355-375.

² Vid. SAN JUAN Y MUÑOZ, «Sinalagma y concurso de acreedores. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, de 8 y 9 de enero de 2013, sobre el *swap* y el Real Decreto-ley 5/2005», en *Diario La Ley*, núm. 8057, Sección *Doctrina*, de 8 de abril de 2013, año XXXIV; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Garantías financieras. Las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 5/2005», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 7 (noviembre), 2011, págs. 49-67; URÍA FERNÁNDEZ, «El régimen concursal aplicable a los acuerdos de compensación contractual», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN: 1698-4188, núm. 12, 2010, págs. 59-70; FIERRO DOMECO, «Close-out netting de contratos marco de derivados bajo el Real Decreto-ley 5/2005: Los efectos de la modificación al artículo 16.2 introducida por la Disposición Final 8.ª de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2010, págs. 255-260; FERNÁNDEZ ARAOZ, «Garantías financieras y procedimiento concursal: reflexiones en torno a alguna de las cuestiones suscitadas tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ruiz de Velasco*, coord. por Abel B. Veiga Copo, 2010, págs. 140-172; J. I. CANLE, «Concurso de acreedores y *swap* de tipos de interés», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, pag. 351 y sigs., pag. 354.

cieros (*swaps*), sobre los que ya nos hemos ocupado en otro momento anterior en cuanto a la nulidad de los mismos, cuando se produzca en su contratación una vulneración de la normativa imperativa aplicable al caso (Ley del Mercado de Valores y normativa de desarrollo, en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 del CC)³.

El Tribunal Supremo principalmente mediante el recurso a la doctrina de las obligaciones recíprocas y sinalagmáticas, concluye que debido a la ausencia de sinalagma, las relaciones jurídicas derivadas de la permuta financiera deben ser calificadas como crédito ordinario y por tanto quedan excluidas de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal.

El razonamiento utilizado en dicha sentencia, de 8 de enero de 2013, fue el siguiente:

«2. Valoración de la Sala

2.1. Las prestaciones en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento:

28. El artículo 61.2 de la Ley Concursal dispone que “[l]a declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte” y añade “[l]as prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”.

29. De forma paralela el artículo 84.2 dispone que “[t]endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: (...) 6.º Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso...”.

30. Ahora bien, la Ley Concursal y el Código Civil (LEG 1889/27), no definen lo que debe entenderse por “obligaciones recíprocas”, limitándose este a mencionar las “prestaciones recíprocas” en el artículo 1120, las “obligaciones recíprocas” en el 1100 y el 1124 y la “reciprocidad de intereses” en el 1289, lo que ha dado lugar a que con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanen de contratos “onerosos”, de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes.

31. La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el “sinalagma genético”, referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación y el “sinalagma funcional” en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto.

32. En este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 (RJ 1979/871) se refiere “al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica (de las obligaciones recíprocas)”, la de 14 de mayo de 1982 (RJ 1982/2572) al “contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia”, la 1033/1994, de 18 de noviembre (RJ 1994/9322), reiterada en la 814/2007, de 5 de julio (RJ 2007/5125) afirma que “las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a

³ Vid. REDONDO TRIGO, «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011, págs. 625-655.

la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente”, la 458/1996, de 8 de junio (RJ 1996/4833), al “sinalagma funcional”, y la 1194/2004, de 9 de diciembre, reiterada en los números 168/2010, de 30 de marzo (RJ 2010/2538), 108/2011, de 10 de marzo (RJ 2011/2764), y 132/2011, de 11 de marzo (RJ 2011/3320), sostiene que “las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor”.

2.2. La inexistencia de reciprocidad funcional en el swap desvinculado:

33. En el presente litigio, las partes suscribieron un contrato desvinculado de cualquier otra operación, cuyos exactos términos no constan al no haberse acompañado a la demanda, del que no derivan obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes. En este sentido, la sentencia de la Audiencia declara que “del contrato no nacen obligaciones compensables, ni siquiera automáticamente, sino que el referido intercambio de flujos forma parte del mecanismo de cálculo o determinación, al tiempo de realizar la preceptiva liquidación, de una única obligación, para una de las partes”, lo que no ha sido desvirtuado por el cauce oportuno —en el recurso extraordinario por infracción procesal la recurrente se limitó a sostener sin otro apoyo que la propia autoridad de la afirmación, la existencia de “obligaciones recíprocas”—, sin que sean suficientes a tal efecto las manifestaciones formales que, al parecer, se contienen en el contrato, probablemente dirigidas a intentar eludir la eventual aplicación de las reglas concursales».

Por lo tanto, a juicio del Tribunal Supremo, el hecho de la existencia de un swap desvinculado de cualquier otro tipo de operación y que no se haya probado en el proceso que del mismo surjan obligaciones para ambas partes supone, por tanto, la inexistencia de sinalagma y como consecuencia de ello la calificación concursal del crédito como ordinario.

Cabe sin embargo señalar que en el recurso (más allá del acierto o no del cumplimiento con las reglas procesales de la carga probatoria en la instancia oportuna) se alegó por la entidad de crédito correspondiente lo siguiente:

«En su desarrollo afirma que el apartado 3.5 del contrato marco de forma expresa dispone lo que sigue: “Carácter recíproco de las Obligaciones: El cumplimiento de las obligaciones de pago o de entrega de cada una de las partes, a que vengan obligadas por cada operación, no será exigible cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias...”. También sostiene que: “Tal es la reciprocidad expresamente pactada, que el incumplimiento de una de las partes posibilita la denuncia del contrato y la resolución o vencimiento anticipado, regulado en el artículo 1124 del Código Civil para las obligaciones recíprocas”, y que el “producto swap ligado a la inflación” se define como “intercambio de flujos... en el que el cliente va a percibir un importe variable... A CAMBIO de pagar una serie de importes fijos...”».

En nuestra opinión, la *ratio decindi* de la sentencia de casación es deudora de la que ofreciese la sentencia de apelación, es decir, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/328443), cuando afirmó lo siguiente:

«De hecho, en el contrato de swap de cada liquidación periódica aflora una única obligación para una sola de las partes, sin perjuicio de que en futuras liquidaciones, por el cambio de las circunstancias, pudiera surgir alguna otra obligación para la otra parte, se trata de obligaciones que, si bien nacen del mismo contrato, no traen causa unas de otras, son desde esta perspectiva autónomas.

Prueba de ello es que el swap sobre tipos de interés reúne los requisitos con que la doctrina caracteriza los contratos aleatorios: la indeterminación inicial del resultado; la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto; y la voluntariedad de las partes al asumir ese riesgo. A diferencia de los contratos conmutativos, en los que cada parte sabe desde su perfección el contenido de cada prestación, en los contratos aleatorios las partes quedan expuestas desde su perfección a unos resultados (positivos o negativos) que sólo son verificables cuando se produce el evento previsto, en nuestro caso: el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica. Por eso, como se ha afirmado en la doctrina, el swap sobre tipos de interés encierra una apuesta bilateral, ya que las dos partes quedan obligadas desde que se confirma la operación de swap, pero sólo una de ellas ejecutará su prestación en cada liquidación periódica según el resultado del cálculo que corresponda a dicha liquidación.

En consecuencia, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues en cada una de las liquidaciones lo será por alguna de las partes. Por ese motivo, no entran dentro del presupuesto previsto en el artículo 61.2 LC, que afecta tan sólo a los “contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”. El swap podría dar lugar a obligaciones para ambas partes, pero no serían recíprocas, sino autónomas, razón por la cual no merecen el tratamiento previsto en el artículo 61.2 LC».

Es decir, parece que para la sentencia de apelación —de forma errónea, en nuestra opinión— la exclusión del carácter sinalagmático del *swap* viene producida por el carácter aleatorio del mismo, así como por el hecho de que anuda a la simultaneidad de cumplimiento el carácter sinalagmático de las obligaciones derivadas del *swap*.

En este sentido, SAN JUAN Y MUÑOZ⁴ afirma que: «la sentencia de 9 de febrero de 2011 (*La Ley* 165408/2011) de la AP de Barcelona también trata este tema pero para rechazar que su consideración de aleatorio (y no conmutativo) nos lleve a una situación de reciprocidad (...) Se trata, bajo nuestro punto de vista, de un nuevo error tanto en el hecho de descartar la reciprocidad —sin más— de las obligaciones aleatorias como en determinar la imposibilidad de simultaneidad fijándose en el resultado final de las operaciones de liquidación. La sentencia del TS, de 8 de enero de 2013, nos señala claramente (apartado 32) que el cumplimiento simultáneo lo es “en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor”. Y es evidente que también en cada liquidación que debe hacerse quien resulte obligado por ella podrá ser exigido en tanto la siguiente, o la anterior,

⁴ Vid., *op. cit.*

puede resultar a favor o en contra pero en cualquier caso con posibilidad de exigir en función de su cumplimiento en la anterior a cada una de ellas. Es decir, todas las liquidaciones son interdependientes, en cuanto a su cumplimiento, de la siguiente y de la anterior. Esta última en cuanto ya existente y la siguiente en cuanto a la aleatoriedad del resultado».

Con idénticos argumentos la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 2013 (RJ 2013/1633), niega también el carácter de crédito contra la masa de las liquidaciones del swap, fallando lo siguiente:

2.2. *La inexistencia de reciprocidad funcional en el swap desvinculado:*

32. *En el presente litigio, bajo la denominación de «confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3X3 con Barrera Knock-In)», las partes suscribieron un contrato desvinculado de cualquier otra operación, por el que una de ellas debería pagar el saldo resultante de la diferencia entre «un Tipo de Interés Variable EURIBOR3M» y «un tipo de interés fijo o variable determinado en función del Tipo Barrera Knock-In)».*

33. *No se trata, en consecuencia, de obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes. En este sentido la sentencia de la Audiencia declara que «las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes, en este caso para la concursada, no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra», sin que la falta de reciprocidad quede desvirtuada por la afirmación formal, que aparece contraria al propio comportamiento de la recurrente, de que banco y cliente se pagan mutuamente a fin de «permutar flujos financieros», probablemente dirigida a eludir la eventual aplicación de las reglas concursales.*

II. LA OPINIÓN MAYORITARIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

La cuestión no ha sido pacífica en las Audiencias Provinciales, aunque sin embargo el parecer mayoritario era el contrario al defendido por la Audiencia Provincial de Barcelona y que ha sido confirmado por estas dos sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 12 de septiembre de 2012 (AC 2012/1715), resume el parecer de la denominada jurisprudencia menor del siguiente modo:

«El criterio sentado en la sentencia apelada y confirmado por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16-2-12 (AC 2012/687), 16-5-11 (AC 2011/1250), 21-2-11 (JUR 2011/181727) o 9-2-11 (JUR 2011/328443) entre otras, no es el mayoritario en las Audiencias Provinciales que se inclinan por calificar las liquidaciones de la permuta financiera producidas después de la declaración del concurso como crédito contra la masa (sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 26-10-10 (JUR 2010/412347) o 19-11-11, Valencia de 20-1-11 (AC 2011/306), Pontevedra 13-10-10, 29-3-12 ó 27-4-12, Badajoz de 5-5-11 (JUR 2011/214723), Madrid de 18-10-10 o Jaén de 19-2-10, entre otras).

Son dos los criterios en los que en esencia se funda la calificación acogida mayoritariamente: la aplicación del artículo 16.2 del Real Decreto-ley 5/05, de 11 de marzo (RCL 2005/503), Ley de Mercado de Valores en su redacción por Ley 16/09, de 13 de noviembre (RCL 2009/2193 y RCL 2010/1119) de Servicios de Pago y/o la consideración de la aplicabilidad del artículo 61.2 y del 84.5.º y 6.º de la LC (RCL 2003/1748) a

estas liquidaciones, que contradice lo razonado en la sentencia aquí apelada, porque estaríamos ante el cumplimiento de una obligación recíproca del concursado.

Esta Sala ya determinó en su sentencia de 2-11-11 (JUR 2012/10579) que el contrato de permuta financiera en su modalidad de permuta de tipo de interés (swap en su terminología original anglosajona) es un contrato atípico, bilateral y recíproco que, en esencia, consiste en que las partes acuerdan intercambiar unos tipos de interés respecto de un capital nominal de referencia (nocional), que no es real, en el sentido de que no supone que dicho capital se haya entregado por el banco al cliente en préstamo u otra figura ni que el cliente deposite dicho capital en el banco bajo cualquier forma, y así se intercambian los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados, bien por pagos parciales bien por liquidaciones al final del término de vigencia pactado, de lo que puede resultar a favor de cada una de las partes un saldo positivo o negativo. Supone prestación de cobertura al riesgo de una subida de tipos de interés para el cliente durante su vigencia e implica que el banco paga al cliente un tipo de interés variable sobre el capital nominal durante el contrato según el vigente al inicio del contrato o de cada periodo de pago y al vencimiento este cliente debe liquidar al banco un interés sobre el capital nominal pactado al tipo variable vigente a la finalización del contrato y así el saldo resultante se obtiene de la diferencia entre el tipo pagado por el banco durante el contrato y el tipo que se pacta que ha de pagar a la liquidación el cliente de forma que si el tipo variable de referencia para el banco se mantiene al final del contrato por encima del pactado en la liquidación a cargo del cliente el saldo será favorable para este último y si el tipo variable de referencia para el banco se sitúa por debajo del pactado para el cliente a la liquidación el saldo será favorable para el banco.

Considerado así como contrato generador de obligaciones recíprocas, es obvio que sus liquidaciones periódicas, que nacen de un mecanismo de compensación y producidas tras el concurso que sean de saldo negativo para el concursado, constituyen una obligación recíproca pendiente de cumplimiento por el mismo e integrable en el artículo 61.2 de la LC. Se trata además de un contrato aleatorio, como determina la sentencia apelada en su sentido tradicional, de aquel en que el riesgo de pérdida o ganancia es común a ambos contratantes [STS 14-5-62 (RJ 1962/2357)], determinándose quién paga y quién gana por un hecho incierto y que por ello es apto para generar obligaciones para uno u otro contratante, cada una de las cuales tiene su causa en la obligación consentida por la otra parte, obligándose mutuamente y con deberes recíprocos, sin perjuicio de que a lo largo de la vida del contrato (tracto sucesivo) se vayan generando para una u otra de las partes, pudiendo variar una u otra en cada momento concreto de liquidación, obligaciones de pago, sin que por ello pierda la naturaleza de contrato bilateral y recíproco. Por todo ello le serían de aplicación a las liquidaciones negativas para el concursado producidas durante el concurso la calificación de cumplimiento de una obligación recíproca del concursado y ello por el artículo 61.2 y el artículo 84.2.º de la LC se constituyen como crédito contra la masa».

También, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de octubre de octubre de 2010 (JUR 2010/412347), razonaba lo siguiente:

«En efecto, en primer lugar es preciso definir los contornos del contrato litigioso. La “permuta financiera” también recibe el nombre de “swap” o “clip de intereses”. Mediante este pacto las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un determinado tipo de interés (fijo contra variable o variable contra variable) calculado sobre un determinado importe de capital. De tal manera

que no se pagan intereses remuneratorios ni moratorios a consecuencia de un capital recibido, sino de un acuerdo con obligaciones recíprocas que dependiendo de un hecho imprevisto (subida o bajada de tipos de interés) una u otra parte vendrá obligada a pagar una cantidad de dinero, pero no en concepto de intereses [art. 1790 CC (LEG 1889/27)]: contrato aleatorio). De ahí el denominativo inglés «swap», que significa canje, trueque o cambalache.

La finalidad de este contrato, generalmente, es la mejora de la financiación de las empresas, sobre la base de intentar aminorar los perjuicios derivados de las fluctuaciones, al alza —claro está—, de los tipos de interés variable. Por lo tanto, se trata de un contrato aleatorio con tintes especulativos, que no es un pacto de intereses, sino un intercambio (swap) de dinero. Su objeto y causa no es una obligación de intereses sobre un capital recibido, sino la recepción de un capital que se calcula sobre unos intereses en relación a otros que fluctúan y aplicados a un capital convenido, no necesariamente sobre una deuda que pudiera existir entre las partes. Por ello se le llama también “contrato marco de gestión de riesgos financieros” [SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 18 de junio de 2009 y de Zaragoza, Sección 5.ª, de 4 de octubre de 2010 (JUR 2010/374176)].

SEXTO

En atención a esta concepción del contrato cuyas consecuencias crediticias hay que calificar en el seno del concurso, habrá que definir la clase de crédito que —en su caso— posea “Caixa Penedés”.

En este sentido hay que distinguir entre “contratos de swap” y “operaciones de swap”. El contrato establece el régimen general al que estarán sujetas las operaciones concretas de intercambio entre las partes. Cada operación o intercambio de posturas cuando venza un plazo de liquidación no supone la celebración de un nuevo contrato, sino una fase o liquidación de ese único contrato que, por tal, es de tracto sucesivo.

De ahí que haya que diferenciar —a la luz del art. 61 de la LC— entre una liquidación definitiva del contrato, una vez declarado el concurso o las sucesivas liquidaciones que se vayan produciendo durante la vida de éste.

En el primer supuesto, la consideración ha de ser de crédito ordinario. Si el contrato vence o se ha resuelto por motivo del concurso y ya no se cierran nuevas operaciones, el saldo resultante de los flujos de dinero a favor de uno u otro contratante (Close-out-netting), aunque se averigüe durante el concurso, trae causa de una relación jurídica previa al concurso, por lo que —ex arts. 84 y sigs. LC no podrá tener la consideración de crédito contra la masa y sí —por tanto— de crédito ordinario.

Sin embargo, si asistimos a una liquidación u “operación de swap” durante el concurso, estaríamos ante el cumplimiento de una obligación recíproca del concursado —en su caso—, lo que podría situar a ese crédito del tercero en la calificación de “crédito contra la masa”; como se colige del citado artículo 84-5.º y 6.º de la Ley Concursal. En tanto no se resuelva el contrato».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de enero de 2011 (AC 2011/306), ratifica la calificación de crédito contra la masa, en función de lo siguiente:

«SEGUNDO:

La problemática que se somete a la consideración de este Tribunal no es ciertamente sencilla, ni por razón de la normativa aplicable, ni como consecuencia de

los diversos criterios que han venido a seguir los Juzgados de lo Mercantil, con anterioridad y posterioridad a la reforma operada en el Real Decreto-ley 5/2005 (RCL 2005/503), Ley del Mercado de Valores (RCL 1988/1644), por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

Antes de producirse la indicada reforma era de ver la existencia de diferentes criterios respecto de la calificación que merecían los créditos derivados de las liquidaciones verificadas en los contratos de permuta financiera de intereses en función de ser anteriores o posteriores a la declaración del concurso, así como de las indemnizaciones por resolución anticipada. Así, en la sentencia del Juzgado Mercantil, número 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2008, se concluía que “siempre que el contrato haya vencido o haya sido resuelto con motivo de la declaración del concurso y no se cierren nuevas operaciones, el saldo resultante del close-out netting tendrá la consideración de crédito ordinario”. Las sentencias del Juzgado Mercantil, número 1 de Málaga, de 4 de junio de 2008; la del Juzgado Mercantil, número 2 de Pontevedra, de 19 de junio de 2009, o la sentencia del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, de 3 de abril de 2009, consideraban que al tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, las liquidaciones posteriores a la declaración de concurso serían créditos contra la masa en aplicación del artículo 84.2.6.º de la Ley Concursal. A su vez, la sentencia del Juzgado Mercantil, número 4 de Barcelona, de 28 de septiembre de 2009, consideraba el crédito como subordinado al entender que lo que se reclama no son sino intereses ya que el swap es un contrato vinculado a una operación de pasivo que el concursado tiene con la misma entidad bancaria, por lo que aboga por la resolución automática del contrato al tiempo de la declaración de concurso en aplicación del artículo 59 de la Ley Concursal, tesis que ha mantenido, asimismo el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de los de Valencia, de 15 de noviembre de 2010. Finalmente, la sentencia de 1 de diciembre de 2009, del Juzgado Mercantil, número 7 de Barcelona, calificaba el crédito como contingente.

Tras la entrada en vigor de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, ha operado la modificación del segundo párrafo del punto 2 del artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2005 (norma que tiene la consideración de Ley especial respecto de la Ley Concursal, con las consecuencias que de ello se derivan) en virtud del cual en tanto se mantenga vigente el acuerdo o compensación contractual, en sede concursal, se aplicará lo dispuesto en el artículo 61.2; y si el acuerdo fuere resuelto con posterioridad a la declaración del concurso se estará a lo prevenido en el artículo 62.4, lo que implica la satisfacción con cargo a la masa».

En cuanto a la bilateralidad de las prestaciones derivadas del swap, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 13 de octubre de 2010 (AC 2010/1778), se expresaba así:

«Esta Audiencia ha venido manteniendo el carácter bilateral de los contratos como el que es objeto de litis [sentencias de 7 de abril de 2010 (JUR 2010/174861), 25 de febrero de 2010 (JUR 2010/145274)]. En concreto, el contrato suscrito entre la empresa concursada y BANKINTER, en el que es objeto de contratación un producto financiero denominado “Clip Bankinter”, reviste las características de un contrato swap o de permuta de tipos de interés, que cabe definir como aquél en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar sobre un capital nominal de referencia los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Según la doctrina, cabe atribuir a tal clase de negocio jurídico las características de bilateral y sinalagmático, en el que las partes quedan obligadas a intercambiar los pagos que resulten por aplicación de los tipos de interés recíprocamente pactados al nominal de referencia, y mediante la fórmula de la compensación, durante los periodos que se establezcan hasta el vencimiento del contrato. De los diferentes tipos posibles de swap, el que ahora nos interesa, el llamado swap de intereses, y que viene definido en el modelo de contrato marco de operaciones financieras, redactado por la Asociación Española de Banca Privada (pág. 10) como “aquella operación (léase contrato) por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí pagos de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordada”. También en estrictos términos de ciencia económica, el Dictionary of Banking Terms americano lo define como “un acuerdo o contrato para intercambiar el pago de intereses calculados a tipo fijo por el pago de intereses calculados a tipo variable”.

No obstante, la sentencia de instancia considera que “hasta cierto punto, el contrato es unilateral y no bilateral, en tanto que genera obligaciones principales —la de pagar el saldo deudor resultante— sólo a cargo de una de las partes, aunque dicha parte pueda no ser siempre la misma. Si ello es así, no es un contrato de tracto sucesivo en el sentido de que genere obligaciones recíprocas periódicas a cargo de ambos contratantes”.

Sin embargo, no se deben confundir las obligaciones (recíprocas), que nacen del contrato, con sus formas de extinción (en este caso, compensación automática y pago del saldo resultante a cargo de una de las partes). La forma de realización de los pagos sucesivos en cumplimiento del contrato aplicando la mencionada fórmula de compensación (generando un cargo sólo a una de las partes) no implica que el contrato deje de ser bilateral, pues lo que se genera son obligaciones recíprocas de pago a cargo de ambas partes en cada liquidación y, por tanto, mediante un tracto sucesivo».

O sea, según la mayoría de las Audiencias Provinciales, el carácter sinalagmático del swap ha sido una de las notas o características integrantes de este instrumento financiero aunque, como hemos podido comprobar, la tesis propuesta por la Audiencia Provincial de Barcelona ha sido la que ha triunfado en estas dos sentencias del Tribunal Supremo —Jurisprudencia—, lo cual, sin duda, será objeto de una mayor reticencia en su contratación al concedérsele la calificación de crédito concursal ordinario y no crédito contra la masa. Ello unido a la consabida problemática existente en la contratación de los mismos, en cuanto a los posibles vicios del consentimiento (dolo, error) que se han venido estimando por numerosas resoluciones judiciales, hacen que podamos asistir, sin duda, a un gran decaimiento de este instrumento financiero que fuera tan utilizado en determinados sectores de nuestro tráfico jurídico y económico.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL SWAP. SU CARÁCTER SINALAGMÁTICO

ALONSO SOTO⁵ caracterizaba al swap de la siguiente forma: a) es un contrato único. No son varios contratos ligados entre sí, sino un solo contrato que ge-

⁵ Vid. ALONSO SOTO, «La permuta financiera (swap)», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pág. 43.

nera diversas relaciones obligatorias; *b*) es un contrato atípico, no regulado en nuestro Derecho, aunque se haga una mención al mismo algunas normas; *c*) es un contrato consensual, que se perfecciona por mero acuerdo de voluntades, no precisando forma escrita, aunque a efectos de su reclamación judicial puede resultar más ventajosa esta última si se incorpora además a un documento público; *d*) es un contrato bilateral, generador de obligaciones recíprocas para las dos partes; *e*) es un contrato sinalagmático, en el que existe una causa recíproca o más bien una interdependencia entre las prestaciones de las dos partes de modo que cada prestación actúa como contravalor de la otra, resultando de aplicación la *exceptio non adimpleti contractus*; *f*) es un contrato de naturaleza continuada que no se agota en la realización de una sola prestación, sino que abarca sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo de vigencia del contrato; *g*) es un contrato en el que se intercambian obligaciones legales suscritas. Es decir, se permutan los medios de pago y no los pagos en sí; *h*) es un contrato en el que las partes actúan en una posición de igualdad, estableciéndose un auténtico equilibrio de las prestaciones, por lo que no serán de aplicación las normas que establecen una especial protección para la parte más débil de la relación contractual.

La acuñación de la distinción entre sinalagma genético y funcional se la debemos a la doctrina alemana del siglo XIX y más concretamente a BECHMANN⁶.

El profesor Díez-PICAZO⁷ razona que: «La idea del “sinalagma genético” significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación. Por ello, un regular desenvolvimiento de la relación obligatoria sinalagmática exige la existencia de ambas obligaciones. La inexistencia o la subsiguiente desaparición de uno de los deberes de prestación lleva aparejada la consecuencia de que el otro, aislado, carezca por completo de sentido y de razón de ser. En esta idea tiene su fundamento el fenómeno de la resolución por imposibilidad sobrevenida, que más adelante estudiaremos con mayor detenimiento.

El “sinalagma funcional” significa que ambos deberes de prestación, funcionalmente enlazados, deben “cumplirse” simultáneamente. La regla de la ejecución simultánea de las prestaciones recíprocas aparece así como una consecuencia inmediata de su interdependencia funcional. Es la idea que preside los artículos 1466 y 1500 en relación con el contrato de compraventa y que es aplicable a todas las relaciones sinalagmáticas.

La regla de la ejecución simultánea de las obligaciones sinalagmáticas encuentra, sin embargo, algunas excepciones. El negocio jurídico constitutivo de la obligación, los usos del tráfico o la naturaleza de las cosas pueden imponer un distanciamiento o una separación de las prestaciones. Por ejemplo: se vende al fiado; el comprador hace previa entrega del precio; se ejecuta una obra o se realiza un trabajo que se cobrará más adelante. Cuando las prestaciones se distancian temporalmente, el que cumple primero concede crédito. La interdependencia o reciprocidad entre las obligaciones continúa en tales casos existiendo, en la medida en que cada una de ellas es la razón de ser de la prestación y de la obligación recíproca».

⁶ BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*. I, Erlangen, 1876 (reimpresión. Darmstadt, 1965), pág. 540 y sigs.

⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II. *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, págs. 432 y 433.

Así puede sostenerse que el sinalagma genético hace referencia a la reciprocidad e interdependencia entre las obligaciones, y el sinalagma funcional está ligado a las propias prestaciones.

Como apreciase FERNÁNDEZ URZAINQUI⁸, pese a que dichos conceptos de sinalagma genético y funcional han sido admitidos pacíficamente en nuestra doctrina y jurisprudencia, han existido autores⁹ los que han puesto en tela de juicio el propio concepto del sinalagma funcional, generalmente atendiendo a que el juego del mismo vendría desempeñado por lo que DE CASTRO¹⁰ entendió como la continuada influencia de la causa, cuando razonaba con acierto que: «La causa es citada en el Código Civil como requisito para la existencia del contrato (art. 1261). De ahí el perjuicio de que la función de la causa acaba en el momento mismo de haber dado nacimiento al negocio jurídico. Esta limitación del significado de la causa resulta inadecuada para las relaciones jurídicas de larga e indeterminada duración, como lo muestran las figuras de la condición y del modo. La ley misma ha previsto casos en que la finalidad perseguida por las partes se vea frustrada para considerar extinguida la relación; lo que ha permitido que la doctrina ligue la figura de la causa con lo dispuesto sobre resolución del contrato por incumplimiento (art. 1124) y sobre la imposibilidad del cumplimiento (arts. 1182 y 1186)».

Si bien observamos que la caracterización del *swap* que realiza la Jurisprudencia es la de un contrato aleatorio, no es menos cierto que su configuración como conmutativo o aleatorio, no ha sido una cuestión pacífica en nuestra doctrina.

CANLE¹¹ se refiere así al problema: «e) Se trata de un contrato oneroso, pues las partes no intervienen en el mismo con ánimo de liberalidad, sino que con su formalización pretenden la obtención de alguna ventaja de carácter económico. Dentro del género constituido por los contratos onerosos, cabría plantearse si el *swap* es un contrato de carácter conmutativo o aleatorio.

En vía de principio, a favor de su consideración como contrato aleatorio se muestra la incertidumbre que el contrato implica una vez que el mismo ha sido formalizado. En efecto, el concreto importe de las obligaciones periódicas asumidas por las partes dependerá de la evolución del activo subyacente a que las mismas hayan sido objeto de indexación (en nuestro caso tipos de interés de referencia). No obstante, sin negar la existencia de factores aleatorios en su operatividad práctica, hemos de concluir con la doctrina mayoritaria que nos encontramos ante un contrato conmutativo, por cuanto que las aleas no es predicable del negocio en su conjunto, tal y como exige el Código Civil (art. 1790), sino únicamente del concreto importe de las prestaciones que periódica y recíprocamente cada una de las partes ha de satisfacer a la obra, sin perjuicio de la existencia de un pacto de compensación contractual entre ambas obligaciones.

⁸ FERNÁNDEZ URZAINQUI, «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 639, marzo-abril de 1997, pág. 407.

⁹ ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, págs. 31-32; VATTIER FUENZALIDA, «Obligaciones bilaterales», en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XXV, Barcelona, 1986, págs. 35 y 36.

¹⁰ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 313.

¹¹ Vid., *op. cit.*

Vid., sobre el carácter conmutativo o aleatorio del *swap*: VEGA, *El contrato de permuta financiera (swap)*, Aranzadi, 2002, págs. 76 y 77; DÍAZ RUIZ, «El contrato de *swap*», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 36, págs. 442-748.

En efecto, las obligaciones asumidas por las partes en el momento de su formalización suelen ser económicamente equivalentes; no obstante, como consecuencia de la incertidumbre existente sobre el resultado económico de su formalización para cada una de ellas por efecto de la imprevisible evolución de los tipos de interés en los mercados, es probable que el resultado de su contratación, alcanzado el vencimiento inicialmente pactado o al tiempo en que haya de practicarse cada liquidación del contrato, dé lugar a que una de las partes contratantes soporte obligaciones de pago mayores que su contraparte, compensándose éstas, de ordinario, con la reducción del coste financiero a tipo variable soportado por dicho contratante, conforme a la finalidad de cobertura del riesgo de tipo de interés antes referida».

En realidad la cuestión a raíz de lo dispuesto en el artículo 1790 del Código, lejos de mostrarse como sencilla, puede ser objeto de la correspondiente polémica. De hecho, PUIG BRUTAU¹² manifestaba que no hay contrato aleatorio cuando las partes cumplen sus obligaciones respectivas de la manera precisamente determinada al celebrar el contrato, aunque ignoren el alcance económico con que definitivamente lo adquirido quedará incorporado a su patrimonio, mientras que en el contrato que propiamente tiene tal carácter, lo aleatorio se manifiesta en el desarrollo normal y ulterior del derecho adquirido. La incertidumbre afecta a la propia exigibilidad de la prestación o a su cuantía, ante la indeterminación inicial.

GITRAMA GONZÁLEZ¹³ conceptualiza gráficamente al contrato aleatorio al decir que «el alea parece convertirse en causa del contrato aleatorio y no consiste sino en el hecho de que al tiempo de la celebración del contrato es incierto para cada una de las partes si la reportará una pérdida o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio patrimonial a soportar (...) El artículo 1790 más que definir describe cómo la efectividad del contrato aleatorio dependerá, bien de que se realice un acontecimiento incierto, como ocurre, por ejemplo, en el seguro de accidentes, en el juego y en la apuesta; bien de que aún siendo de realización cierta el evento previsto, se ignore cuándo ocurrirá, como acontece, por ejemplo, en el seguro sobre la vida para caso de muerte».

Lo anterior incide también, en nuestra opinión, en que es difícil caracterizar al *swap* como un auténtico contrato aleatorio, siendo más bien un contrato conmutativo donde existe aleatoriedad en cuanto a la determinación concreta de la prestación.

No obstante y pese a la polémica sobre la caracterización del *swap* como contrato aleatorio efectuada por la Jurisprudencia, como hemos apuntado, la misma entiende la existencia de un auténtico alea, en el sentido de que en el mismo confluirían las notas típicas del contrato aleatorio, como son: la indeterminación inicial del resultado, la dependencia definitiva del mismo de las circunstancias aleatorias que lo configuran y la asunción del riesgo intrínseco al mismo por los intervinientes del contrato, lo que hace que el análisis del carácter bilateral del contrato y por lo tanto su sinalagma resulte necesario a la hora de poder dar respuesta a la falta que del sinalagma funcional han realizado las sentencias referidas, incluso aunque se mantuviera la caracterización del contrato de *swap* como de un contrato aleatorio en su totalidad, como según tendremos oportunidad de apreciar a continuación.

¹² PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, 1956, pág. 290.

¹³ GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 1714 y 1715.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 1790 del Código Civil prevé expresamente lo siguiente: «*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*».

Pues bien, como afirma GILARTE ZAPATERO, «Aparece discutido en la doctrina si la bilateralidad del riesgo resulta o no consustancial con el concepto de contrato aleatorio. Así, limitada la cuestión a nuestro Derecho, se sostiene en un sentido que, para poder apreciar la existencia de contrato aleatorio es preciso, en todo caso, que la probabilidad de obtener la ventaja o de sufrir la pérdida debe ser común y recíproca para las partes, estimando, en suma, que aquél es siempre oneroso, bilateral y recíproco. En sentido contrario se afirma, de conformidad con el propio precepto comentado, que los contratos aleatorios pueden ser también unilaterales y gratuitos. El tema muy controvertido, sobre todo ante la realidad de contratos en los que la reciprocidad del riesgo en los términos señalados no aparece clara (préstamo a la gruesa, asistencia marítima, mandatos aleatorios, renta vitalicia gratuita, contratos aleatorios colectivos, etc.), excede del interés práctico de estos comentarios, pero, a mi juicio, debe entenderse que, aun existiendo el riesgo de pérdida para una sola de las partes, el contrato debe ser calificado de aleatorio siempre que la medida definitiva del beneficio de la otra se corresponda con el perjuicio de la primera y dependa de un acontecimiento incierto. En la renta vitalicia gratuita, ciertamente, el pensionista nada puede perder, pero su efectiva ganancia, su cuantía total, aparece en relación con la mayor o menor duración de la vida contemplada. Igualmente, el perjuicio económico definitivo del obligado a pagar la renta depende de tal circunstancia».

Por su parte, GITRAMA GONZÁLEZ, en relación con la bilateralidad o unilateralidad del contrato aleatorio, se pronunciaba de la siguiente forma¹⁴: «¿Aleatoriedad unilateral? La máxima pureza de los contratos aleatorios se da cuando se concluyen entre dos particulares en que las probabilidades de ganancias y pérdidas son necesariamente recíprocas. Uno de ellos ganará y otro perderá; por ejemplo, juego y apuesta entre dos personas individuales, renta vitalicia constituida por un particular, etc. Más si el juego lo realiza este particular en la Lotería Nacional, la Apuesta en el Patronato de Mutuas Deportivas Benéficas, la renta vitalicia se contrata con el Banco Vitalicio de España o el Seguro con una poderosa Compañía Aseguradora... entonces la entidad con la que el particular contrata en realidad no corre riesgo alguno ni soporta ningún alea. Paga los premios, las rentas, las indemnizaciones llegado el caso, con el capital que ha ido formando con la venta de billetes o boletos, con los bienes o las primas que han ido recibiendo el Banco o la Aseguradora y todo mediante detenidos estudios hechos con el cálculo de probabilidades sobre datos estadísticos para fijar cuanto el particular debe desembolsar o ir desembolsando con vistas a ese evento incierto, lo que hace que solo el particular que paga, ocurra lo que ocurra, es el que de verdad corre el alea. Por lo que no es aventurado decir que bajo la capa genérica de los contratos aleatorios del artículo 1790, haya algunos que solamente resultan aleatorios para alguna de las partes. Podría parecer de lo dicho que, sobre todo el seguro, excluye el riesgo para la aseguradora, pues que se funda, independiente del contrato con cada particular, en aquellas reglas matemáticas extrañas a las calificaciones jurídicas que permiten a la Compañía, como si hubiere una mutualidad entre

¹⁴ GITRAMA GONZÁLEZ, vid., *op. cit.*, págs. 1715 y 1716.

todos los aseguradores, pagar las indemnizaciones a aquellos que sean alcanzados por el siniestro, pero el cálculo de probabilidades y el reaseguro hace cuantificar el importe de las primas de modo que la Aseguradora, aun cumpliendo todos sus deberes de indemnizar; siempre obtendrá beneficios; para ella, en conjunto, no hay riesgo alguno sino siempre ganancias. Por manera análoga también, por ejemplo, en el juego puede lograrse la reducción del riesgo, como prueba en que en los Casinos de Juego, que se someten a criterios de cobertura similares a los utilizados por los aseguradores, se reducen los riesgos de pérdidas hasta que estos dejan prácticamente de existir (VÁZQUEZ BOTE, *RCDI*, 1969, pág. 356). Sólo si se examina cada contrato de seguro o juego en tales casos, aisladamente, cabe percibir el riesgo *uti singuli*; el que para una de las partes, la más poderosa, no se aprecia en el conjunto. Todo esto enlaza con la debida cuestión de si cabe la aleatoriedad unilateral. Bástenos decir aquí que la Compañía de Seguros que contrata con un particular un seguro de vida, tiene en cuenta la edad de éste, estado de salud, la duración media de la vida humana a resultados de las estadísticas... de modo que el conjunto de sus operaciones la produce un beneficio calculable de antemano casi exactamente. Pero examinando *uti singuli* cada contrato, el alea es bilateral. La mayor o menor duración de la vida contemplada determinará, en cada caso particular, la producción de ganancias o pérdidas para cada una de las partes».

Como sabemos, es propio de las obligaciones bilaterales, el régimen de la mora establecido en el artículo 1100 del Código Civil, la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, la facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil, el régimen del reparto de riesgos por pérdida de la cosa debida o imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Concretamente y conectado con el sinalagma funcional, RODRÍGUEZ-ROSADO¹⁵ especifica que: «Por sinalagma funcional, en cambio, se entiende el hecho de que la prestación de cada parte depende, en su ejecución, del recíproco cumplimiento de la otra. Manifestaciones de ese sinalagma funcional serían, típicamente, la excepción concedida a la contraparte en caso de falta de cumplimiento de la contraprestación (la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, y la con ella relacionada *exceptio non rite adimpleti contractus*), el hecho de que la imposibilidad sobrevenida fortuita de cumplir para una parte determine el perecimiento de la obligación de la otra y la institución de la resolución de los contratos por incumplimiento».

Asimismo, RODRÍGUEZ-ROSADO¹⁶ y en sede específica del análisis sinalagmático funcional, propio de los contratos aleatorios, razona acertadamente que: «Otra categoría contractual en torno a la cual se ha discutido la aplicación del remedio resolutorio, a mi juicio con escasos motivos, es la de los contratos aleatorios. Es claro que en ellos la reciprocidad no se da entre las prestaciones que hayan de realizar las partes, pues es incluso posible que el alea determine que una de ellas no tenga que realizar ninguna. Pero ello no obsta a la existencia de reciprocidad en las obligaciones asumidas por cada una como eventualmente posibles, por más que dependientes de un caso fortuito. En consecuencia, siempre y cuando esa reciprocidad exista, es decir, siempre que el contrato no se configure como unilateral y gratuito, nada impide a la parte que sufre un efectivo incumplimiento optar por la resolución contractual. Así lo prevén explícitamente, respecto de dos contratos de carácter aleatorio, el artículo 15 de la Ley de contrato de seguro,

¹⁵ RODRÍGUEZ-ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013, págs. 11 y 12.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 163.

y el artículo 1795 del Código Civil, referido al contrato de alimentos. El artículo 1805 del Código, que niega al perceptor de una renta vitalicia la posibilidad de ejercer la resolución por impago de las pensiones vencidas, ha de ser tenido como norma excepcional, de carácter dispositivo, aplicable sólo a este supuesto —y no al inverso de incumplimiento de la obligación del rentista de transferir un capital en bienes muebles o inmuebles— y no susceptible de aplicación analógica».

Pues bien, en nuestra opinión, la bilateralidad del contrato de *swap* no puede ser negada por el carácter aleatorio que del mismo predica la Jurisprudencia (pese a la crítica a dicha calificación de contrario aleatorio en su globalidad puede realizarse, según nos hemos referido con anterioridad).

Como hemos podido ver en la Jurisprudencia, en el *swap*, el *alea* se verifica cuando se produce el evento previsto, es decir, el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica, pero la bilateralidad del *alea* implica que una de las partes contractuales del *swap* sea la que efectivamente pierda o gane en el instrumento financiero particular contratado. Ambas partes se han obligado recíprocamente en la génesis obligacional, con apreciación de sinalagma genético en el *swap* concreto, con completa interrelación entre las correspondientes liquidaciones periódicas del instrumento financiero particular, ya que tanto el particular como la entidad financiera se obligan al pago convenido cuando acontezca el evento aleatorio y la razón de ser o causa de la obligación de la entidad financiera es la propia del particular e igualmente de forma recíproca.

¿Pero, incluso conforme a su naturaleza aleatoria, acreditada la bilateralidad genética del *swap*, se puede compartir la inexistencia de bilateralidad funcional del *swap* tal y como hace el Tribunal Supremo? A nuestro juicio no, la posibilidad de que sólo puedan existir prestaciones a cargo de una de las partes es nota intrínseca a la aleatoriedad de este particular instrumento financiero, es decir, es el evento fortuito acordado el que otorga la bilateralidad propia al *swap*. Dicha bilateralidad otorgaría, por ejemplo, el remedio resolutorio al contratante cumplidor frente al contratante incumplidor, así como la posibilidad de alegar la *exceptio non adimpleti contractus*. Ello sucede, por ejemplo, en contratos aleatorios típicos como el contrato de seguro (art. 15 de la Ley del Contrato de Seguro) y el contrato de vitalicio (art. 1795 del CC), sin que la nota del *alea*, impida su configuración como sinalagmáticos funcionales, por otro lado sancionada legalmente.

La configuración del *alea* en el *swap*, puede implicar, efectivamente que una de las partes no tenga que realizar prestación en un determinado momento temporal, o incluso, durante la totalidad de la duración de este instrumento financiero particular (como por ejemplo, en el contrato de seguro donde durante la vigencia de la póliza no se produce el siniestro objeto de cobertura), pero ello, no puede suponer que no exista una bilateralidad funcional, ya que es el evento fortuito querido y asumido por las partes el que origina aleatoriamente el cargo de la prestación debida, recíprocamente asumida.

Por otro lado, y como hemos expuesto, el hecho de que las sentencias de casación no aclaren la afirmación de la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de febrero de 2011, consistente en que no puede hablarse de prestaciones recíprocas pendiente de cumplimiento para ambas partes, puesto que en definitiva sólo tras la correspondiente operación de liquidación puede conocerse si existe obligación de pago o no para una de las partes, no añade claridad al tratamiento del problema. ¿Pero esto quiere decir que el *swap* no goza de bilateralidad funcional por ello? De nuevo, nuestra opinión no es coincidente con la expresada en estas sentencias de casación y la motivación que hacen suya de la sentencia de apelación, si realmente quisieron decir eso.

En primer lugar, la respuesta a este interrogante está también especialmente conectada con la ofrecida a la bilateralidad funcional del contrato aleatorio típico, consideración que merece el *swap* a juicio de esta Jurisprudencia. Esto es, será el *alea* asumido específicamente por ambas partes del instrumento financiero (evolución del tipo de interés como evento fortuito determinante del pago correspondiente) el que determine específicamente la prestación debida por la parte contractual correspondiente y durante la ejecución del *swap*, de ahí que se haya de deducir que el cumplimiento de la obligación a cargo de una de las partes depende de la otra. De no ser así, ¿se podría entender que ante una posición alcista del tipo de interés ante la que se ha cubierto el contratante del *swap* pagase la liquidación correspondiente la entidad financiera, si previamente su contraparte no ha pagado la liquidación que le hubiera supuesto el pago ante una bajada del tipo de interés? Evidentemente, no. El desarrollo de la ejecución y el cumplimiento de las prestaciones debidas están así íntimamente conectadas y si el particular contratante cumple, ha de serlo, porque la entidad financiera también ha cumplido en su caso, si efectivamente el *alea* asumido lo ha querido así para ambos casos.

Por otro lado (aunque cueste su entendimiento según la literalidad del razonamiento de las sentencias de casación y su referencia a las correspondientes de apelación) el hecho de que no exista simultáneo cumplimiento en un *swap*, en función del lógico desenvolvimiento de las prestaciones aleatorias contratadas, ¿podría suponer también la exclusión de la bilateralidad funcional del *swap*? Pues, a nuestro juicio, tampoco. El cumplimiento simultáneo de prestaciones no puede configurarse como nota de la que haga depender la bilateralidad o sinalagma funcional de las correspondientes relaciones obligatorias, aunque no es menos cierto que ello hace que goce esta obligación bilateral de no simultáneo cumplimiento de unas características propias.

Como razona FERNÁNDEZ URZAINQUI¹⁷, «La simultaneidad en la ejecución de las prestaciones, con ser, sin embargo, un efecto normal o natural de las obligaciones bilaterales, no constituye una exigencia consustancial a su naturaleza, siendo susceptible de derogación por disposición legal o convencional, así como de exclusión por los usos del tráfico o la propia naturaleza de la relación obligacional, que en determinados casos pueden imponer el cumplimiento anticipado de una de las prestaciones sin quiebra de reciprocidad. Tal sucederá en la compraventa con precio aplazado o en el arrendamiento —de cosas, de obra o de servicios— en que se realiza anticipadamente la prestación del arrendador o la del arrendatario.

En estos supuestos de cumplimiento anticipado de una de las partes, la excepción de incumplimiento contractual y la especial regulación de la mora en las obligaciones recíprocas, sin llegar a quedar por completo anuladas, ven limitado su ámbito de aplicación en cuanto el obligado al cumplimiento previo no puede oponer con éxito la excepción a la prestación del reclamante ni puede, con la sola ejecución de su prestación, constituir en mora al otro obligado o, por la pendencia de la aplazada, tener por compensada la mora en que eventualmente hubiera llegado a incurrir.

En definitiva, tanto la excepción de incumplimiento contractual como el específico régimen de constitución en mora descansan sobre el presupuesto de la coetaneidad en la ejecución de las prestaciones correlativas, sin el cual sólo parcial y limitadamente despliegan sus efectos».

¹⁷ Vid., *op. cit.*, págs. 410 y 411.

También, con carácter general y para la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (efecto típico del sinalagma funcional), RODRÍGUEZ-ROSADO¹⁸ afirma que: «La excepción de incumplimiento también podrá ser alegada en aquellos contratos en que una de las partes se ha obligado a cumplir primero, pero entonces sólo por la parte a la que se concedió cumplir con posterioridad, y para el caso de que la otra le reclame la prestación sin haber adelantado la suya. En estos casos, la excepción tiene una eficacia más fuerte que en los contratos de cumplimiento simultáneo, pues no bastará al demandante con el ofrecimiento de la prestación coetáneo al cumplimiento al cumplimiento que exige, sino que habrá efectivamente de cumplir su prestación anticipadamente —así sea por consignación, si la otra parte no quiere aceptar su cumplimiento, o llevando a cabo el ofrecimiento sin condicionante alguno cuando ni siquiera la consignación es posible— para que no le pueda ser opuesta la excepción de incumplimiento. Lógicamente, la parte obligada a cumplir primero no contará aquí con la excepción de incumplimiento frente a la pretensión de la otra parte.

Sin embargo, varios Códigos Civiles europeos (321 BGB, arts. 1461 y 429 del Código Civil italiano y portugués, respectivamente) y, siguiendo sus pasos, varias propuestas de Derecho unificado [art. 9:201 de los Principios de Derecho Contractual europeo, art. III.3:401 (2) del *Draft Common Frame of Reference*], admiten la posibilidad de que el contratante que se obligó a cumplir primero pueda emplear la *exceptio non adimpleti contractus* cuando aparezcan circunstancias que le hagan racionalmente temer que la otra parte no realizará su prestación cuando venza. El Código Civil español no recoge ninguna previsión al respecto, pero varios autores han señalado, con razón, que ese beneficio del plazo de que goza una de las partes y que impide a la otra oponer a su pretensión la excepción de incumplimiento, decaerá en virtud del artículo 1129 del Código Civil en varias circunstancias, típicamente cuando el favorecido devenga insolvente o disminuya las garantías dadas. Por medio de esa norma se alcanzará entonces el efecto previsto por las disposiciones extranjeras citadas, pues se permitirá a la parte que debía anticipar su prestación emplear la excepción de incumplimiento para obtener el cumplimiento simultáneo de las prestaciones. Y en los casos no cubiertos por ese precepto, como pueden ser los de declaraciones anticipadas de voluntad de no cumplir, parece claro que la pretensión de cumplimiento podrá ser rechazada por contraria a la buena fe».

En el *swap*, como hemos apuntado, es el *alea* querido por las partes el que determina el momento solutorio al que se han obligado recíprocamente. Pues bien, debido a esa aleatoriedad será una de las partes la que en primer lugar tenga que cumplir con su obligación (en el contrato de seguro, el tomador abona la prima desde el primer momento sin que haya dado lugar la obligación de pago de la indemnización por parte de la aseguradora en ese primer momento de la vida contractual al no haber acaecido el siniestro objeto de cobertura) y si en función de esa aleatoriedad en el futuro es la contraparte la obligada al pago convenido, esta falta de simultaneidad temporal solutoria no puede suponer la inexistencia de bilateralidad funcional en el *swap*. Es decir, la entidad financiera no tendría que abonar (*exceptio*) su pago correspondiente debido en función del *alea*, si previamente y debido a dicho *alea*, su contraparte no hubiera satisfecho el pago pactado (a modo de lo que sucede en el contrato de seguro —aleatorio por excelencia— donde si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro el asegurador quedará liberado de su obligación).

¹⁸ Vid., *op. cit.*, págs. 95 y 96.

III. EPÍLOGO

Recientemente, el carácter sinalagmático del *swap* se ha venido admitiendo como regla general en la corriente de las Audiencias Provinciales citadas y en los autores, aunque con determinadas vacilaciones en cuanto a las particularidades en las que se desenvuelva el instrumento financiero en cuestión.

Sin ambages, CANLE¹⁹ ha afirmado lo siguiente: «Es un contrato bilateral o sinalagmático, pues por su virtud las partes quedan obligadas a efectuar determinados pagos con arreglo a unos parámetros previamente establecidos en el contrato, de suerte tal que existe una interdependencia entre las prestaciones de las partes, de modo que cada una de ellas es causa de la otra. Entendiendo por tales aquellos contratos en los que cada parte está facultada para exigir de la contraparte la prestación debida, como consecuencia del carácter recíproco de las obligaciones contraídas, al constituirse las partes, simultáneamente, en acreedoras y deudoras de sus respectivas obligaciones y créditos. Lejos de constituir una mera disquisición teórica, la consideración del *swap* como un contrato bilateral, generador de obligaciones recíprocas va a tener relevantes efectos jurídicos: en cuanto a la constitución en mora de los obligados, que no se producirá en tanto la contraparte no cumpla o se allane a cumplir la prestación por ella debida [art. 1100 del CC (*LEG* 1889/27)]; en cuanto a la facultad resolutoria contemplada en relación con las obligaciones recíprocas (art. 1124 del CC), y en cuanto a la clasificación de los créditos devengados con posterioridad a la declaración de concurso, como más adelante indicaremos.

Y el carácter recíproco de las prestaciones debidas, en modo alguno desaparece o resulta desvirtuado como consecuencia del establecimiento en el contrato de un acuerdo de compensación contractual, usual en sede de permutas financieras, donde las partes, aun cuando están obligadas recíprocamente a realizarse pagos mutuos, convienen que la liquidación de dichas obligaciones se efectúe mediante un “pago por diferencias”, operando el instituto jurídico de la compensación en el importe concurrente de las obligaciones recíprocamente debidas».

Por su parte, Tásies²⁰ ha razonado que: «Conviene precisar un poco más el concepto. La doctrina sobre la distinción y las diversas clases de bilateralidad de los contratos es una discusión que remonta a tiempos muy antiguos y ha sido objeto de enconados debates entre los tratadistas. El aspecto más destacado del contrato bilateral es el carácter sinalagmático de las obligaciones que se generan, y que es a su vez el determinante de las obligaciones recíprocas propias de este tipo de contrato. En este sentido la doctrina distingue el “sinalagma genético” —es decir de la obligación que condiciona necesariamente la contraprestación del otro (verbigracia, en el contrato de compraventa, la obligación consistente en el “deber de vender” es la génesis o la causa de la obligación del “deber de pagar” de la contraparte)—, del denominado “sinalagma funcional” —implícito en toda obligación recíproca (es decir, en el ejemplo anterior, el “deber de vender” y el “deber de pagar” el precio deben realizarse al mismo tiempo—. Y ambos sinalagmas deben coexistir conjunta y sincrónicamente en las obligaciones recíprocas. Entendida así la estructura fundamental de las obligaciones recíprocas, no encontramos razón suficiente para calificar al contrato marco de operaciones

¹⁹ Vid., *op. cit.*

²⁰ TÁSIES BELETA, «Nuevas consideraciones sobre el *swap* de intereses en sede concursal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011.

financieras como un contrato de prestaciones recíprocas, porque se trata, en realidad, de prestaciones independientes de forma que una no determina o configure la otra (sinalagma genético), sin perjuicio de que puedan tener el sinalagma funcional del cumplimiento simultáneo por mor de la compensación contractual que se efectúa a los saldos de cada una de las obligaciones (saldo neto)».

En nuestra opinión, el carácter sinalagmático (genético y funcional) del *swap* no puede negarse en función de los razonamientos efectuados por esta Jurisprudencia, que realizan una especialidad en esta permuta de intereses que en realidad no existe como tal en la propia permuta. Sin duda, la degradación en la calificación del crédito derivado del *swap* en el concurso de acreedores, de crédito contra la masa a crédito ordinario, junto con la meritada problemática existente en la formación de la voluntad del contratante del *swap*, en cuanto a la apreciación o no de vicios del consentimiento en la misma, supondrán a nuestro juicio que las partes interesadas acudan a la práctica de coberturas de riesgos, mediante otro tipo de figuras típicas existentes al efecto. En definitiva, la disminución de la calidad (calificación del crédito concursal) de estos instrumentos financieros supone un claro desincentivo a su contratación con los lógicos efectos a tener en cuenta en la práctica.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.
- ALONSO SOTO: «La permuta financiera (*swap*)», en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinen Recht. I*, Erlangen, 1876 (reimpresión. Darmstadt, 1965).
- CANLE: «Concurso de acreedores y *swap* de tipos de interés», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2011.
- DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DÍAZ RUIZ: «El contrato de *swap*», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 36.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ ARAOZ: «Garantías financieras y procedimiento concursal: reflexiones en torno a alguna de las cuestiones suscitadas tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ruiz de Velasco*, coord. por Abel B. VEIGA COPO, 2010.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI: «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 639, marzo-abril de 1997.
- FIERRO DOMÉCO: «*Close-out netting* de contratos marco de derivados bajo el Real Decreto-ley 5/2005: Los efectos de la modificación al artículo 16.2 introducida por la Disposición Final 8.ª de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago», en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2010.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «Garantías financieras. Las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 5/2005», en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 7 (noviembre), 2011.
- GITRAMA GONZÁLEZ: *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, 1956.

- REDONDO TRIGO: «El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 83, núm. 699, 2007.
- REDONDO TRIGO: «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011.
- RODRÍGUEZ-ROSADO: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, 2013.
- SAN JUAN Y MUÑOZ: «Sinalagma y concurso de acreedores. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013 sobre el swap y el Real Decreto-ley 5/2005», en *Diario La Ley*, núm. 8057, Sección *Doctrina*, de 8 de abril de 2013, año XXXIV.
- TÁSIES BELETA: «Nuevas consideraciones sobre el swap de intereses en sede concursal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011.
- URÍA FERNÁNDEZ: «El régimen concursal aplicable a los acuerdos de compensación contractual», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN: 1698-4188, núm. 12, 2010.
- VATTIER FUENZALIDA: «Obligaciones bilaterales», en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. XXV, Barcelona, 1986.
- VEGA, VEGA: *El contrato de permuta financiera (swap)*, Aranzadi, 2002.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1631).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 2013 (*RJ* 2013/1633).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 13 de octubre de 2010 (*AC* 2010/1778).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 octubre de octubre de 2010 (*JUR* 2010/412347).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 20 de enero de 2011 (*AC* 2011/306).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de febrero de 2011 (*JUR* 2011/328443).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 12 de septiembre de 2012 (*AC* 2012/1715).

RESUMEN

DERECHO CONTRACTUAL Y CONCURSAL SWAPS

En las sentencias del Tribunal Supremo, de 8 y 9 de enero de 2013, se niega el carácter sinalagmático del swap de intereses en contra de la genuina concepción de la naturaleza jurídica de este tipo de instrumentos financieros y de la propia esencia bilateral y sinalagmática de los mismos.

ABSTRACT

CONTRACT LAW AND BANKRUPTCY LAW SWAPS

The Supreme Court's rulings of 8 and 9 January 2013 deny the synallagmatic nature of interest rate swaps. These decisions disregard the genuine conception of swaps' legal nature and the very nature of swaps as bilateral synallagmatic financial instruments.

3. URBANISMO

CONSTATACIÓN REGISTRAL DE LA TERMINACIÓN DE OBRAS PREVIAMENTE DECLARADAS E INSCRITAS DURANTE SU CONSTRUCCIÓN Y CONTRASTES ENTRE LOS DIFERENTES SUPUESTOS DE DECLARACIÓN

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESOLUCIÓN de 2 de abril de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador de la Propiedad por la que se suspende la inscripción de actas de declaración de fin de obra.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. INSCRIPCIÓN DE UNA OBRA NUEVA QUE AL DECLARARSE YA ESTABA TERMINADA: A) *La certificación técnica*. B) *El libro del edificio*. C) *El seguro decenal*. D) *La licencia de primera ocupación*. E) *La certificación de eficiencia energética*. F) *La licencia de obras*. 3. INSCRIPCIÓN DE OBRAS NUEVAS EN CONSTRUCCIÓN: A) *Inscripción inicial de la obra en construcción*. B) *Constatación de la terminación de la obra ya declarada e inscrita durante su construcción*. 4. REGLAS ESPECIALES PARA LOS SUPUESTOS DE AUTOPROMOCIÓN: A) *La certificación técnica*. B) *El libro del edificio*. C) *El seguro decenal*. D) *La licencia de primera ocupación*. E) *La certificación de eficiencia energética*. F) *La licencia de obras*.—IV. CONCLUSIONES.

I. HECHOS

1. Por el notario recurrente se autorizaron, los días 21 y 28 de noviembre de 2012, sendas actas de declaración de fin de obra por las que los titulares registrales de determinadas fincas, sobre las que en su día se declaró la existencia de una obra nueva en construcción, proceden a declarar el fin de obra. En las actas constan debidamente protocolizados: la certificación de fin de obra, la certificación del técnico competente acreditativa de la finalización en fecha determinada y la cédula de habitabilidad. Los comparecientes manifiestan que, siendo el destino principal del edificio el de vivienda y tratándose de autopromotores, no es exigible la garantía del seguro decenal. En el acta de 21 de noviembre de 2012, además, se modifica la descripción de la obra nueva, aunque esta circunstancia carece de relevancia en este expediente.

2. Presentada la referida documentación en el Registro de la Propiedad, fue objeto de las siguientes notas de calificación (transcrita la correspondiente al acta de fecha 28 de noviembre de 2012): «(...) De conformidad con el artículo 322 de la Ley Hipotecaria se le notifica que el documento arriba expresado ha sido calificado en los términos siguientes: “Calificado el precedente documento, la Registradora de la Propiedad que suscribe ha resuelto suspender la inscripción de la escritura de final de obra presentada por los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Antecedentes de Hecho. Primero. El 28 de noviembre de

2012 se presentó telemáticamente en este Registro una escritura pública autorizada el mismo día por la que A. L. R. y R. M. P. J. declaran haber finalizado la construcción de una casa sobre la finca registral NNN. El título fue presentado telemáticamente el 28 de noviembre último, causando el asiento 165 de presentación del Diario 94 y aportado comprobante del pago del impuesto el 10 de los corrientes. Segundo. En el título presentado no se ha protocolizado la autorización administrativa para garantizar que la edificación reúne los requisitos de eficiencia energética”. Fundamentos de Derecho. Primero. El defecto alegado en el punto segundo se fundamenta en el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de edificios de nueva construcción (BOE de 31 de enero), que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (Disposición Final tercera), y en el artículo 20.1 del TRL del Suelo, modificado por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (BOE de 7 de julio), que entró en vigor el día de su publicación en el BOE (Disposición Final tercera). Del referido artículo 20 resulta que para practicar la inscripción de las escrituras (o actas) de declaración de obra nueva terminada, los Registradores de la Propiedad exigirán los siguientes requisitos: I. ‘El cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios, y II. b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne ...los requisitos de eficacia energética tal y como se demandan por la normativa vigente’. Dicho precepto es de aplicación a todas las escrituras o actas de obra nueva terminada otorgadas a partir del 7 de julio de 2011 a las que fuera aplicable el Real Decreto 47/2007. Del registro resulta que la concesión de la licencia para la obra, cuya finalización se solicita, se realizó en Decreto de 8 de junio de 2010. Por todo ello, resuelvo suspender la inscripción solicitada por los defectos advertidos. Esta calificación será notificada en el plazo de diez días desde su fecha al presentante del documento de conformidad con los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. La anterior nota de calificación (...)».

3. Contra las anteriores notas de calificación, el notario autorizante interpone sendos recursos en virtud de escritos de fechas 11 de enero de 2013, en los que alega lo siguiente: Que el Real Decreto 47/2007 no regula una autorización administrativa, sino un procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios con el fin de promocionar dicha eficiencia mediante la información a los consumidores que les permita comparar ofertas. Que dicha certificación contiene información acerca de la eficiencia energética de una edificación que va dirigida a los consumidores, usuarios distintos del promotor, como resulta de los artículos 1, 7, 13 y 17 del citado Real Decreto. Que, por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha consolidado la doctrina de que cuando la normativa aplicable no pretende tutelar el interés del promotor, sino de ulteriores usuarios, carece de justificación imponer el control de la documentación correspondiente. Así ocurre en materia de exigencia de libro del edificio y seguro decenal; y que el artículo 7.5 del citado Real Decreto determina que el certificado de eficiencia energética se incorporará al libro del edificio, lo que es congruente con el destino de dicho libro que son los usuarios finales, por lo que parece lógico que la exigencia de acreditación del certificado se limite a los mismos supuestos que los de exigencia de justificación del libro.

4. La registradora emitió sendos informes el día 15 de enero de 2013 y elevó los expedientes a este Centro Directivo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 191, 192 y 194.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; 18 y 40 de la Ley Hipotecaria; 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 7, 9, 19 y 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; 1, 2, 5 y 7 de la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios (Texto Refundido: Directiva 2010/31/UE del Parlamento y del Consejo, de 19 de mayo de 2010); 1, 2, 4, 5, 7 y 10 del Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2008, 8 y 9 de enero de 2009, 24 de marzo y 15 de noviembre de 2011 y 21 de enero de 2012.

1. Se plantean por parte del mismo recurrente sendos recursos contra notas de calificación de la Registradora de la Propiedad. Es doctrina de este Centro Directivo que, al tratarse del mismo recurrente y existir práctica igualdad de los supuestos de hecho y contenido de las notas de calificación, pueden ser objeto de acumulación y objeto de una sola resolución (vid. Resoluciones de 5 de marzo de 2005 y 20 de enero de 2012).

Se debate en este expediente la única cuestión de si entre la documentación que debe ponerse de manifiesto ante el registrador, a efectos de procurar la inscripción de una obra nueva terminada, se encuentra la certificación energética del edificio en un supuesto de autopromoción para uso propio.

2. El artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, de aplicación en todo el territorio nacional de conformidad con su Disposición Final primera, dispone lo siguiente: «1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos: a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios, y b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente. 2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior...».

Este texto, fruto de la modificación llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, modifica el anterior, en lo que ahora nos interesa, en que diferencia claramente en dos apartados distintos cuáles sean los documentos que han de acompañar a los títulos por los que se acredita el fin de obra. Su letra a) recoge literalmente la dicción que ya tenía la redacción anterior del precepto y que, de acuerdo con la interpretación de este Centro Directivo (vid. Resolución

Circular de 26 de julio de 2007) se refiere al seguro decenal y al libro del edificio, mientras que la letra *b)* desarrolla lo que era el inciso final del apartado primero del artículo 20 en su redacción anterior de forma que explicita que las autorizaciones administrativas que deben acompañarse son las que garantizan que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, introduciendo la novedad de incorporar aquellas otras que «garantizan que el edificio reúne los requisitos de eficiencia energética».

Es este último inciso el que se pone en cuestión pues, según el recurrente, se asimila en cierto modo a los especificados en la letra *a)* del propio artículo 20.1 en la medida en que su exigencia va dirigida a proteger a terceros, por lo que no será precisa su acreditación cuando estemos ante el supuesto de autopromotor para uso propio. Para determinar si esta argumentación es plausible es preciso analizar cuál es el contenido, objeto y finalidad de la denominada certificación de eficiencia energética.

3. El Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción, pone de relieve en su Exposición de Motivos que, de acuerdo con la Directiva 2009/91/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, el certificado de eficiencia energética debe incluir información objetiva sobre las características energéticas de los edificios de forma que se pueda valorar y comparar su eficiencia energética con el fin de favorecer la promoción de edificios que cumplan estos requisitos. Añade que debe fomentarse la difusión entre el público de dicha información, en particular en el caso de la viviendas por constituir un producto de uso ordinario y generalizado y de acuerdo con la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece el derecho de consumidores y usuarios a acceder a información correcta sobre los productos puestos a su disposición en el mercado.

El articulado, por su parte, dispone en su número 1 que el objeto del procedimiento de certificación es «...determinar la metodología de cálculo de la calificación de eficiencia energética, con el que se inicia el proceso de certificación, considerando aquellos factores que más incidencia tienen en el consumo de energía de los edificios de nueva construcción o que se modifiquen, reformen o rehabiliten en una extensión determinada...» con la finalidad de «promoción de la eficiencia energética mediante la información objetiva que obligatoriamente se ha de proporcionar a los compradores y usuarios en relación con las características energéticas de los edificios, materializada en forma de un certificado de eficiencia energética que permita valorar y comparar sus prestaciones». El artículo 2 especifica que el ámbito de aplicación se extiende a los edificios de nueva construcción y a sus modificaciones, reformas o rehabilitaciones en determinados casos, excluyéndose determinados supuestos bien por sus características físicas (aislados de superficie inferior a 50 metros cuadrados, edificios de sencillez técnica de escasa entidad constructiva) bien porque el uso a que se destinan hace innecesaria una certificación de eficiencia energética (edificios abiertos, lugares de culto, edificios y monumentos protegidos...). Sobre estas premisas, el certificado de eficiencia energética del edificio terminado supone la «conformidad de la información contenida en este certificado con la calificación de eficiencia energética obtenida por el proyecto del edificio y con el edificio terminado» (art. 7.1). Dicho certificado «será suscrito por la dirección facultativa de la obra, contendrá de manera individualizada todas las menciones a que hace referencia el apartado 3 del artículo 5 y en él se expresará que el edificio ha sido ejecutado de acuerdo con lo expresado en el proyecto y en consecuencia

se alcanza la calificación indicada en el certificado de eficiencia energética del proyecto» (art. 7.3). La regulación añade que el certificado tendrá una vigencia de diez años y que «el propietario del edificio es responsable de la renovación o actualización del certificado» (art. 10).

De la regulación legal se desprende que la eficiencia energética es un atributo exigible a toda edificación nueva, que es indiferente del uso a que se destine la edificación (salvo excepciones) y que tiene por finalidad la promoción de que todos los edificios dispongan de unas características mínimas en el uso de la energía como objetivo de política urbanística y de edificación.

Esta conclusión se refuerza si atendemos al contenido de la Directiva que es objeto de transposición, cuya Exposición de Motivos afirma explícitamente que su finalidad se enmarca en las políticas y acciones de la Comunidad de protección del medio ambiente, de las que la eficiencia energética constituye parte importante, especialmente en materia de edificación al tener los edificios una gran incidencia en el consumo de energía a largo plazo. El Texto Refundido de 2010 (Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo) hace más hincapié en su Exposición de Motivos en el objetivo de eficiencia energética, pero apela a la competencia del artículo 194.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como fundamento de su actuación que se refiere precisamente a la política energética de la Unión «atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente» a que se refieren los artículos anteriores. En definitiva, no estamos ante medidas enmarcadas en la política general de la Unión de protección de los consumidores sino ante exigencias derivadas de los objetivos de preservación del medio ambiente y política energética que forman parte asimismo de sus políticas generales (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Parte Tercera, Políticas y Acciones internas de la Unión, Capítulos XX y XXI). El articulado de la Directiva afirma que su objetivo es «fomentar la eficiencia energética de los edificios de la Comunidad...» (art. 1), y que el concepto de edificio a estos efectos se define como «construcción techada con paredes en la que se emplea energía para acondicionar el clima interior; puede referirse a un edificio en su conjunto o a partes del mismo...» (art. 2). Sin perjuicio de que los Estados miembros «podrán distinguir entre edificios nuevos y edificios existentes, así como entre diferentes categorías de edificios...» (art. 4), se establece que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que los edificios nuevos cumplan los requisitos mínimos de rendimiento energético mencionados en el artículo 4» (art. 5 —art. 6 en el Texto Refundido—).

El legislador español aprovechó la reforma introducida en el artículo 20 de la Ley de Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, para incorporar dichas garantías exigiendo, tanto a notarios como a registradores, la obligación de velar por su cumplimiento. Como pone de relieve la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, la reforma da paso, entre otras, a «las relativas a medidas registrales cuyo objeto consiste en garantizar y fortalecer la seguridad jurídica en los actos y negocios inmobiliarios por medio del Registro de la Propiedad».

Se da así continuidad a una política legislativa que, iniciada con la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, ha entendido como idónea la utilización del sistema de seguridad jurídica preventiva para garantizar el cumplimiento de determinados requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico y relacionados con el proceso de construcción. Pero como resulta de las anteriores consideraciones, dichos requisitos obedecen a distintos órdenes y tienen finalidades distintas por lo que los motivos y causas que permiten dispensar de su exigencia en un caso no pueden predicarse sin más de los demás.

Es la falta de identidad de razón lo que impide tomar en consideración la doctrina de este Centro Directivo de dispensar determinados requisitos cuando no concurren las circunstancias de protección a terceros que justifican su existencia. Así ocurre con la doctrina a la que apela el recurrente en relación con el libro del edificio respecto de la que este Centro Directivo entendió (Resoluciones de 8 y 9 de enero de 2009) que no podía exigirse, a pesar de la dicción del artículo 20 de la Ley de Suelo, en los supuestos de autopromotor de vivienda para uso propio, ya que la norma «no pretende tutelar el interés del promotor sino el de los ulteriores usuarios de la edificación».

4. Las distintas exigencias de acreditación del artículo 20 de la Ley de Suelo, ya pertenezcan al orden urbanístico, al de protección de los consumidores o al desarrollo de políticas de protección del medio ambiente y eficiencia energética, responden en definitiva a distintas causas y motivaciones y su regulación material es diferente por lo que sólo el análisis individualizado de cada uno de ellos permite determinar en qué casos y bajo qué condiciones puede modalizarse su aplicación. Como este propio Centro Directivo ha tenido ocasión de recordar (Resoluciones de 15 de noviembre de 2011 y 21 de enero de 2012) no todas las exigencias previstas en la Ley de la edificación, a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Suelo, responden a la misma finalidad ni tienen una regulación material que permita una extensión automática de las causas de dispensa.

El conjunto de razones expuestas impide estimar los recursos interpuestos al tratarse la exigencia de acreditación del certificado de eficiencia energética de una manifestación concreta y específica de la política de la Unión Europea en materia de protección del medio ambiente y política energética (art. 1.2 del RD) y, por consiguiente, de aplicación a toda edificación terminada dentro de su ámbito material y temporal.

Es cierto, como dice el recurrente, que el artículo 7.5 del Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el Procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción, afirma que el certificado debe acompañarse al libro del edificio, lo que puede resultar perturbador cuando la acreditación de la existencia de éste no sea exigible.

Pero establecido que la causa de exención alegada en la exigencia del libro del edificio (autopromoción para uso propio) no es de aplicación a la exigencia del certificado de eficiencia energética es forzoso concluir que no puede impedirla, circunstancia que por otro lado no supone una carga adicional, dado que el certificado debe ser expedido en cualquier caso de obra de nueva construida (art. 1 del RD 47/2007), es suscrito por la dirección de facultativa como una más de sus obligaciones (art. 7.3) y es objeto de entrega al propietario quien tiene la obligación de conservarlo y renovarlo en su día (art. 10).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar los recursos y confirmar las notas de calificación de la registradora.

III. COMENTARIOS

1. PLANTEAMIENTO

Como se pone de manifiesto en el apartado de los Hechos, en la presente Resolución el Centro Directivo se enfrenta a un supuesto de terminación de una obra nueva que ya se había declarado e inscrito previamente mientras se encontraba «en construcción». Sin embargo, la doctrina que sienta, elaborada y certera,

es aplicable también a los casos en los que se pretende la inscripción *ex novo* de una declaración de obra nueva terminada, es decir, sin que previamente se hubiera inscrito la obra en construcción. Se trata de dos supuestos plenamente asimilables en la discusión concreta dirimida por la Resolución, que es la de determinar si en los supuestos de autopromoción es exigible o no el certificado de eficiencia energética, pero cuyas importantes diferencias impiden generalizar la analogía.

El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, introdujo importantes modificaciones en el precepto de la Ley del Suelo que constituye el fundamento central de la cuestión, el artículo 20, añadiendo nuevos requisitos a los que se habían ido acumulando sucesivamente a partir de la Ley 8/1990 en materia de inscripción de declaraciones de obra nueva. Sin embargo, la citada modificación de 2011 adolece de ciertas imprecisiones y ambigüedades que la Dirección General ha ido aclarando con solvencia aunque en ocasiones desde estas líneas nos hemos apartado de sus argumentaciones.

El objeto de este comentario es tratar de exponer de manera crítica los requisitos impuestos por la regulación actual del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal para cada una de las diferentes situaciones que se pueden plantear en la práctica, así como los problemas que presenta su redacción y sus posibles soluciones, teniendo en cuenta, en algunos casos, los criterios que ha ido ofreciendo el Centro Directivo y en otros, meras opiniones personales del autor.

Nos referiremos a las diferentes situaciones que podríamos calificar como «normales», contenidas en los apartados 1 a 3 del citado precepto, con exclusión de la problemática específica que plantea la inscripción de las obras antiguas a las que se refiere el número 4 del mismo, tema que ya hemos abordado en otras ocasiones. También nos ceñiremos a la legislación estatal, sin tener en cuenta las matizaciones que pudieran derivarse de las distintas leyes autonómicas.

2. INSCRIPCIÓN DE UNA OBRA NUEVA QUE AL DECLARARSE YA ESTABA TERMINADA

El primer supuesto de hecho que vamos a examinar es el que se produce cuando concurren dos circunstancias: al hacerse la declaración de obra nueva ésta ya ha terminado y en el Registro no hay previa constancia del comienzo de la construcción.

Este es el supuesto que contempla el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo en el segundo párrafo de su apartado 1, que establece un mandato dirigido a los notarios y que se extiende a los registradores en el apartado 2. Su contenido es el siguiente:

«1. (...) Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

- a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y
- b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente».

Teniendo en cuenta la norma transcrita y la doctrina que ha ido elaborando la Dirección General al respecto, vamos a tratar de sistematizar a continuación los requisitos para la inscripción de las obras terminadas.

A) *La certificación técnica*

Se mantiene la tradicional exigencia de acompañar la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto. Este requisito se encuentra desarrollado en los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, que detallan cuál debe ser el contenido de la certificación y quiénes pueden expedirla.

B) *El libro del edificio*

Este es uno de los dos requisitos que se deducen de la expresión contenida en la letra a) del artículo 20 que hemos transcrito, según ha señalado reiteradamente la Dirección General.

Su contenido se encuentra regulado en el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación, según el cual:

«Una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos.

A dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación.

Toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el Libro del Edificio, será entregada a los usuarios finales del edificio».

La Resolución-Circular de 26 de julio de 2007, en contestación a una consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España, aclara que a los efectos del párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, el promotor deberá depositar ante cualquier notario un ejemplar del Libro del Edificio, acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra, acreditativo de que ése es el libro correspondiente a la misma y que le ha sido entregado tal libro al promotor. Dicho depósito deberá ser objeto de la correspondiente acta de depósito (art. 216 y sigs. del Reglamento Notarial). El notario deberá hacer constar en la correspondiente escritura, la existencia del Libro del Edificio y su disponibilidad para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios del edificio, de conformidad con lo dispuesto en el indicado párrafo tercero del artículo 7.

C) *El seguro decenal*

Este es el segundo requisito que entraña la expresión «el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios», que emplea el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, según ha señalado el Centro Directivo.

Esta exigencia ya se contemplaba en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuyo artículo 20.1 establece que «no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19», el cual, a su vez, prevé la constitución de una serie de seguros por daños materiales y seguros de caución.

D) *La licencia de primera ocupación*

Antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2011, la Dirección General se había pronunciado repetidamente en contra de la exigibilidad de la licencia de primera ocupación¹, ya que esta exigencia no se recogía de modo expreso en la legislación urbanística como requisito para la inscripción de las obras terminadas. Sin embargo, dicha disposición introdujo para lo sucesivo este condicionante, al exigir para las obras terminadas que se acredite: «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente», expresión que encierra la mencionada licencia de primera ocupación, según se desprende del preámbulo del Real Decreto-ley, al aclarar que: «Además, se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que (...) no posean la licencia de primera ocupación».

E) *La certificación de eficiencia energética*

Este requisito también fue introducido por el Real Decreto-ley 8/2011, al incluir en la letra b) del artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, la necesidad de acreditar «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne (...) los requisitos de eficiencia energética, tal y como se demandan por la normativa vigente».

La Resolución de 2 de abril de 2013, antes transcrita, aclara en profundidad el contenido, objeto y finalidad de este certificado. Sólo cabe añadir que poco después de dictarse aquélla, concretamente el día 13 de abril, se publicó en el *BOE* el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, el cual derogó formalmente el Real Decreto 47/2007, tantas veces citado en aquella Resolución, si bien en nada altera las interesantes reflexiones que ésta realiza en torno a esta cuestión ni su decisión final.

¹ Véase, por todas, la Resolución de 10 de diciembre de 2008.

F) *La licencia de obras*

La redacción inicial del artículo 20 del Texto Refundido de 2008 contenía expresamente, para las obras nuevas terminadas, la exigencia de la licencia de obras o de edificación, al referirse a la «acreditación documental del otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística». Sin embargo, tras la nueva redacción vertida en ese mismo precepto por el Real Decreto-ley 8/2011, el párrafo 2.º de su apartado 1 (que es el relativo al supuesto que estamos examinando), no hace la menor referencia a la tradicionalmente conocida como licencia de obras.

La norma modificada tan sólo contempla la licencia en el párrafo primero de este mismo apartado, que se circunscribe a la declaración de obra nueva en construcción, al exigir para este caso «la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística». Pero, como decimos, el párrafo segundo (referente a las obras terminadas) guarda silencio sobre este punto.

En nuestra opinión esta omisión obedece a un error del legislador: la regla general debe ser la exigibilidad de la licencia de obras para formalizar e inscribir la declaración de obra nueva terminada. Sólo en un caso especial cabe la exención de este requisito: cuando antes de la declaración de obra terminada ya constaba en el Registro la declaración de obra en construcción, pues en ese momento previo ya se habría acreditado la obtención de la licencia de obras; pero ese caso no agota todo el supuesto de hecho llamado a ser regulado por el párrafo segundo que examinamos. Por eso creemos que dicho párrafo debería incluir este requisito de manera expresa, como lo hacían las leyes del suelo precedentes, y así lo avala el preámbulo del propio Real Decreto-ley al afirmar que «se precisan los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que, además de contar con la licencia de obras y la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto, no posean la licencia de primera ocupación»².

En relación con la licencia de obras, debe precisarse que la reforma operada por el reiterado Real Decreto-ley 8/2011 suprimió la posibilidad de su obtención por silencio administrativo, por lo que debe entenderse derogado de hecho el artículo 48.2 de las Normas Complementarias (RD 1093/1997) en cuanto regulaba la acreditación de la concesión de la licencia por acto presunto.

3. INSCRIPCIÓN DE OBRAS NUEVAS EN CONSTRUCCIÓN

Dentro de este apartado vamos a referirnos separadamente a dos momentos: primero, al de la inscripción inicial de la obra que se declara hallándose en construcción, y después, al de la ulterior constatación de la terminación de la obra.

² En contra cabría entender que cuando la obra está terminada, la exigencia de la licencia de edificación resulta redundante porque el otorgamiento de la licencia de edificación ya se encuentra acreditado con la documentación exigible: bien por entender que la licencia de primera ocupación tiene como presupuesto el otorgamiento previo de la licencia de obras o edificación, bien porque el certificado técnico de fin de obra acredita que ésta se ajusta al proyecto aprobado por la licencia de obras, o bien porque dicha licencia debería constar en el Libro del Edificio.

A) *Inscripción inicial de la obra en construcción*

Este es el supuesto regulado en el artículo 20.1, primer párrafo del Texto Refundido de la Ley de Suelo, cuyo texto es el siguiente:

«1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo».

Como ya hemos adelantado, para este caso sí se recoge de manera explícita la exigencia de acreditar la obtención de la licencia de obras. A este requisito se añade otro para las obras en construcción: la certificación de técnico competente acreditativa del ajuste de la obra al proyecto. Nos remitimos a lo dicho anteriormente para cada uno de ellos, si bien, como es lógico, en este caso la certificación del técnico no acredita la terminación de la obra, sino que la descripción de ésta se ajusta al proyecto.

Es evidente que al no estar terminada la obra no puede exigirse el cumplimiento de los demás requisitos que vimos en el apartado precedente, como son: la entrega del libro del edificio, la constitución de los seguros de edificación, la obtención de licencia de primera ocupación o la certificación energética.

B) *Constatación de la terminación de la obra ya declarada e inscrita durante su construcción*

El artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo tan sólo dedica a este supuesto el apartado 3, del siguiente tenor:

«3. En aquellos casos en los que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el Registro, por haberse producido modificaciones en el proyecto, la constancia registral de la terminación de la obra se producirá mediante un asiento de inscripción, cuya extensión quedará sujeta a lo previsto en el apartado primero en relación con los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas».

Se trata de una norma excesivamente escueta porque contempla sólo parcialmente la constatación de la terminación de la obra y deja en pie algunos interrogantes. Vamos a ver las diferentes hipótesis que se pueden plantear.

a) Cuando no se hayan producido modificaciones en el proyecto respecto de la descripción registral de la obra

Este supuesto no se encuentra contemplado en el artículo 20.1, primer párrafo, ya que éste sólo se refiere a los casos en los que la descripción de la obra terminada no coincide con la que conste en el Registro por haberse producido modificaciones en el proyecto. Pese a lo que pudiera parecer tras una interpretación meramente literal del precepto, que guarda silencio sobre este punto, los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas, antes examinados,

son igualmente exigibles para hacer constar la terminación de una obra que se declaró e inscribió estando en fase de construcción, y ello es así en todo caso, es decir, no sólo cuando se hayan producido las modificaciones en el proyecto a las que se refiere el artículo³. La única excepción es la referente a la licencia de obras, la cual en este caso ya fue aportada al inscribirse la obra nueva en construcción, por lo que parece superfluo volver a exigirla⁴.

En estos casos, el asiento a practicar será el de nota marginal, por aplicación del artículo 47 del Real Decreto 1093/1997. El título para su práctica será el acta notarial acreditativa de la finalización mediante la certificación de fin de obra expedida por técnico competente.

- b) Cuando se hayan producido modificaciones en el proyecto de modo que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el Registro

El párrafo que examinamos establece que son aplicables a esta hipótesis los requisitos exigidos para la inscripción de las obras nuevas terminadas, circunstancia que no añade nada nuevo puesto que, como hemos visto, tales requisitos rigen también para los demás supuestos en los que se haga constar la terminación de la obra que había sido inscrita durante su construcción.

La verdadera novedad introducida por la norma consiste en que cuando se haya producido aquella modificación en el proyecto, el asiento mediante el que se hará constar la terminación de la obra es el de inscripción, a diferencia del supuesto anterior. En este sentido debe entenderse superado o matizado el artículo 47 del Real Decreto 1093/1997, que sólo preveía el empleo del asiento de nota marginal, como hemos visto.

4. REGLAS ESPECIALES PARA LOS SUPUESTOS DE AUTOPROMOCIÓN

Hay un supuesto especial cuyas características singulares justifican la alteración del régimen general que hemos visto hasta ahora. Se trata de los casos en los que la declaración de obra nueva se hace por el autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. En nuestro derecho positivo sólo se contempla esta situación en relación con uno de los requisitos de la declaración de obra nueva: el del seguro decenal. Es preciso determinar, pues, qué requisitos son exigibles en estos casos y cuáles no.

Como punto de partida, las especialidades de los supuestos de autopromoción sólo son predicables de las declaraciones de obra nueva terminada (y por extensión, de las actas de terminación), pero las declaraciones de obra en construcción se rigen por las reglas generales, ya expuestas.

Examinaremos separadamente cada uno de los requisitos generales para determinar si son aplicables o no a la declaración de obra terminada por parte de un autopromotor:

³ Este ha sido el criterio seguido constantemente por la Dirección General, por ejemplo, en la Resolución de 1 de marzo de 2012.

⁴ Esta idea subyace también en la de 2 de abril de 2013, aquí comentada.

A) *La certificación técnica*

En relación con este requisito es evidente que no se plantea ninguna peculiaridad en los casos de autopromoción, por lo que rige plenamente la necesidad de su aportación.

B) *El libro del edificio*

Parece que este requisito no es exigible, de conformidad con la doctrina sentada por la Resolución de 9 de enero de 2009, plenamente aplicable en la actualidad. Dicha Resolución afirma lo siguiente: «Respecto del mencionado artículo 19.1 de la Ley de Suelo, este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en Resolución Circular de 26 de julio de 2007, según la cual, la única novedad reseñable respecto del régimen anterior es que dicha Ley exige que en las escrituras de declaración de obras nuevas terminadas (y en las actas de fin de obras) se acredite documentalmente el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y esta exigencia "...significa que no se autorizarán por los notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación... (en lo sucesivo LOE) sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales exigidos por esa ley para la entrega al usuario. Tal documentación no es otra que el Libro del Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias, y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y en su caso los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo". Y de la misma Resolución resulta que el notario deberá hacer constar en la escritura (en el acta de fin de obra) la existencia del Libro del Edificio y la disponibilidad del promotor para cumplir con su obligación de entregar un ejemplar del mismo a cada uno de los usuarios del edificio, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

En relación con tal extremo, en primer lugar debe entenderse que tales exigencias relativas al Libro del Edificio no son aplicables en el supuesto de autopromotor de una vivienda para uso propio.

En efecto, de la interpretación literal, lógica, sistemática y finalista de la normativa aplicable (art. 19.1 de la Ley Estatal de Suelo; art. 7 y la Disposición Adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) se desprende que, en último término, no se pretende tutelar con dichas disposiciones legales el interés del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación y, precisamente por ello, carece de justificación imponer la exigencia de control debatida cuando, por destinarse a uso propio del promotor, no se da el supuesto de hecho de la norma: la contemplación de la entrega de la edificación por el promotor a los usuarios finales de la misma».

C) *El seguro decenal*

Tampoco es necesario acreditar la constitución del seguro decenal en los supuestos de autopromoción, con algunas excepciones, por declaración expresa de la Ley. La Disposición Adicional de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que el seguro a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley (el llamado seguro decenal), «no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma». El alcance y extensión de esta disposición ha sido aclarado con profusión por la Dirección General en diversas ocasiones, especialmente en las Resoluciones-Circulares de 3 de diciembre de 2003 y de 26 de julio de 2007, la Resolución de 9 de mayo de 2007 y la Instrucción de 11 de septiembre de 2000.

D) *La licencia de primera ocupación*

También se ocupa de este requisito la Resolución de 9 de enero de 2009, que vimos al examinar el requisito del libro del edificio. Esta Resolución señala que, al igual que sucede con el libro del edificio, en los supuestos de autopromoción tampoco es exigible acreditar la obtención de la licencia de primera ocupación. Sin embargo, repárese en que la misma es anterior a la introducción de este último requisito con carácter general para la declaración de obra nueva terminada, que tuvo lugar, como vimos, en virtud del Real Decreto-ley 8/2011. Al tiempo de dictarse la citada Resolución, la normativa vigente no requería la licencia de primera ocupación para ninguno de los supuestos de declaración de obra nueva.

Por eso, en la actualidad, introducido este nuevo requisito para las obras nuevas terminadas en general, se hace necesario precisar si es aplicable en todos los casos o si debe excluirse esta exigencia en los supuestos de autopromoción.

A nuestro juicio, la licencia de primera ocupación también es exigible a los autopromotores. En primer lugar, porque la exención de la Disposición Adicional 2.^a de la Ley de Ordenación de la Edificación, al ser una norma excepcional relativa sólo al seguro decenal, no puede extenderse al requisito de la licencia de primera ocupación, por aplicación del artículo 4.2 del Código Civil, que proscribire la interpretación extensiva de tales normas excepcionales. A la misma conclusión se debe llegar si se tiene en cuenta que la licencia de primera ocupación tiene por finalidad verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio. El Tribunal Supremo ha configurado su objeto especificando que corresponde a esta licencia comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de edificación, la conformidad de la obra con el proyecto aprobado y la idoneidad del edificio para servir al uso previsto

por el planeamiento por reunir las condiciones necesarias de seguridad y salubridad⁵, circunstancias todas ellas ajenas a la eventualidad de si el edificio que se construye es para uso propio o para su venta inmediata.

E) *La certificación de eficiencia energética*

La certificación energética debe reputarse igualmente exigible a los autopromotores por las razones que esgrime la Resolución que comentamos, que compartimos plenamente.

F) *La licencia de obras*

No se plantea la menor duda sobre la aplicabilidad de este requisito a los casos de autopromoción, pues su razón de ser es absolutamente independiente de quién sea el llamado a hacerse dueño de la obra. Por tanto, como en los demás supuestos, también en los de autopromoción se debe exigir la licencia salvo que ya se hubiera acreditado con anterioridad por haberse declarado e inscrito la obra durante su construcción.

IV. CONCLUSIONES

A la vista del análisis realizado, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.^a La regla general es que para la inscripción *ex novo* de la declaración de obra nueva terminada (es decir, sin que previamente se hubiera inscrito cuando se encontraba en fase de construcción) es preciso cumplir todos los requisitos legalmente previstos, como son los relativos a la licencia de obras, la certificación de técnico competente, el libro del edificio, los seguros de la edificación, la licencia de primera ocupación y la certificación energética. Los mismos requisitos serán exigibles en los casos de autopromoción, a excepción del libro del edificio y el seguro decenal.
- 2.^a Para inscribir la declaración de obra nueva en construcción, bastará con acompañar la licencia de obras y la certificación de técnico competente sobre el ajuste de su descripción al proyecto. Y esta regla es aplicable a todo declarante de la obra, sea autopromotor o no.
- 3.^a Cuando se trata de hacer constar la terminación de una obra que previamente se había declarado e inscrito estando «en construcción», son exigibles los mismos requisitos que hemos visto para la obra terminada (conclusión 1.^a), a excepción de la licencia de obras, que ya había sido acreditada en la inscripción inicial. En caso de autopromoción, tampoco serán precisos los requisitos del libro del edificio y de los seguros. El asiento a practicar será el de inscripción o nota marginal, según haya habido o no modificaciones en el proyecto inicial.

⁵ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de noviembre de 2003 y la de 21 de julio de 2001.

RESUMEN

*OBRA NUEVA COMENZADA
TERMINACIÓN*

Análisis de los requisitos para constatar en el Registro la terminación de una obra nueva que había sido declarada e inscrita mientras se hallaba en construcción y su contraste con el resto de los supuestos.

ABSTRACT

*NEW CONSTRUCTION UNDER WAY
COMPLETION*

Analysis of the requirements for proving to the registration authorities that new construction, declared and registered when in progress, has been completed. Comparison with other possible cases.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

I. NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 14-3-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2013, de 22-2-2013, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

— Resolución de 14-3-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2013, de 22-2-2013, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

— Resolución de 11-4-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2013, de 15-3-2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

— Resolución de 11-4-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2013, de 22-3-2013, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 1/2013. 11-4-2013. Proceso de renovación del CGPJ, por la que se suspende la vigencia del artículo 112 y parcialmente del 114 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 2/2013. 19-4-2013. Autoriza la ratificación por España del Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés con respecto al Tratado de Lisboa, hecho en Bruselas el 13-6-2012.

— Ley 1/2013. 14-5-2013. Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

— Ley 2/2013. 29-5-2013. Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

— Real Decreto-ley 5/2013. 15-3-2013. Medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

— Corrección de errores y erratas. Real Decreto-ley 5/2013. 15-3-2013. Medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

— Real Decreto-ley 6/2013. 22-3-2013. Protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

— Corrección de errores. Real Decreto-ley 6/2013. 22-3-2013. Protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

— Corrección de errores. Ley 15/2012. 27-12-2012. Medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 191/2013. 15-3-2013. Modifica el Real Decreto 178/2004, de 30-1-2004, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25-4-2003, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente.

— Real Decreto 235/2013. 5-4-2013. Aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

— Corrección de errores. Real Decreto 235/2013. 5-4-2013. Aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.

— Real Decreto 236/2013. 5-4-2013. Establece la Zona Económica Exclusiva de España en el Mediterráneo noroccidental.

— Real Decreto 237/2013. 5-4-2013. Modifica el Real Decreto 442/1994, de 11-3-1994, sobre primas y financiación a la construcción naval para adecuarlo a las normas del derecho de la UE.

— Real Decreto 238/2013. 5-4-2013. Modifican determinados artículos e instrucciones técnicas del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20-7-2007.

— Real Decreto 239/2013. 5-4-2013. Establecen las normas para la aplicación del Reglamento (CE), número 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25-11-2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), y por el que se derogan el Reglamento (CE), número 761/2001, y las Decisiones 2001/681/CE y 2006/193/CE de la Comisión.

— Real Decreto 240/2013. 5-4-2013. Aprueba el Estatuto del personal del Centro Nacional de Inteligencia.

— Real Decreto 297/2013. 26-4-2013. Modifica el Decreto 584/1972, de 24-2-1972, de Servidumbres Aeronáuticas y por el que se modifica el Real Decreto 2591/1998, de 4-12-1998, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30-12-1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

— Orden 421/2013. 15-3-2013. Desarrolla el Real Decreto 1837/2008, de 8-11-2008, en relación con la prueba de aptitud que deben realizar los abogados y procuradores nacionales de algún Estado miembro de la UE y de los Estados parte del Espacio Económico Europeo para acreditar un conocimiento preciso del derecho positivo español.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 7-3-2013. Modifica el Reglamento 1/2010, de 25-2-2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 761/2013. 26-4-2013. Constituye el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, de conformidad con la lista definitiva de aprobados remitida por el Tribunal calificador.

— Resolución de 13-2-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de financiación a comprador de bienes muebles, letras «F-SOF», y sus anexos, para ser utilizado por Sofinloc Instituição Financiera de Crédito, S. A., Sucursal en España.

— Resolución de 14-2-2013. Aprueba las modificaciones introducidas en el modelo de contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles, letras de identificación «L-SOF» y sus anexos, para ser utilizado por Sofinloc Instituição Financiera de Crédito, S. A., Sucursal en España.

— Resolución de 11-3-2013. Publica los nuevos precios de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo por canalización.

— Resolución de 11-3-2013. Jubilación de don Jesús Muro Molina, Registrador de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

— Resolución de 11-3-2013. Jubilación de don Julián Muro Molina, Registrador de la Propiedad de Alacant/Alicante II.

— Resolución de 20-3-2013. Resuelve el concurso ordinario número 287 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución de 6-2-2013 y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 4-4-2013. Jubilación de doña María Jesús Montero Pardo, Registradora de la Propiedad de A Coruña, número 2.

— Resolución de 9-4-2013. Aprueba la utilización del modelo de contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles, con letras de identificación «L-S001», y sus anexos, para ser utilizado por Banco Espirito Santo, S. A., sucursal en España.

— Resolución de 17-4-2013. Modifica el Anexo I de la Resolución de 5-4-2011, por la que se crea y regula el Registro Electrónico del Organismo.

— Resolución de 25-4-2013. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución de 11-3-2013, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 14-5-2013. Convoca la provisión en concurso ordinario número 288 de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

— Real Decreto 256/2013. 12-4-2013. Incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea de 22-11-2012, sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y de los titulares de funciones clave.

— Orden 337/2013. 21-2-2013. Aprueba el modelo de autoliquidación y pago de la tasa prevista en el artículo 44 del TR de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1-7-2011.

— Orden 371/2013. 4-3-2013. Modifica la Orden ECO/805/2003, de 27-3-2003, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

— Orden 461/2013. 20-3-2013. Determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

— Orden 515/2013. 27-2-2013. Retira la condición de Titular de Cuenta del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura.

— Orden 516/2013. 28-2-2013. Retira la condición de Titular de Cuenta del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a la Caja de Ahorros de La Rioja.

— Orden 517/2013. 28-2-2013. Retira la condición de Titular de Cuenta del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava.

— Orden 523/2013. 26-3-2013. Crea y regula el Registro electrónico del Ministerio de Economía y Competitividad.

— Orden 613/2013. 1-4-2013. Retira la condición de Titular de Cuenta y Entidad Gestora con capacidad plena del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián.

— Orden 682/2013. 15-4-2013. Publica la convocatoria conjunta del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, del Consejo General de Colegios de Economistas de España y del Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulados Mercantiles de España de examen de aptitud profesional para la inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

— Resolución de 1-3-2013. Dicta normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias.

— Corrección de errores. Resolución de 1-3-2013. Dicta normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias.

— Resolución de 4-3-2013. Define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CC.AA. 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 14-3-2013. Fija el tipo de interés que devengarán los Bonos del Estado a cinco años a tipo de interés variable, vencimiento 17-3-2015, durante el próximo periodo de interés.

— Resolución de 15-3-2013. Dispone determinadas emisiones de Bonos y Obligaciones del Estado en el mes de marzo de 2013 y se convocan las correspondientes subastas.

— Resolución de 26-3-2013. Aprueba el Plan de Contabilidad de pequeñas y medianas entidades sin fines lucrativos.

— Resolución de 26-3-2013. Aprueba el Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos.

— Resolución de 27-3-2013. Publica el tipo de interés efectivo anual para el segundo trimestre natural del año 2013, a efectos de calificar tributariamente a determinados activos financieros.

— Resolución de 1-4-2013. Actualiza el anexo incluido en la Resolución de 4-3-2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CC.AA. 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 8-4-2013. Publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión voluntaria al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

— Resolución de 12-4-2013. Establece los procedimientos y se aprueba el modelo de solicitud para la inscripción en el censo electoral para las elecciones al Parlamento Europeo de los ciudadanos nacionales de otros países de la UE residentes en España.

— Resolución de 26-4-2013. Actualiza el Anexo incluido en la Resolución de 4-3-2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-C.A. 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico.

— Resolución de 6-5-2013. Inscribe el cambio de denominación social de Bankia Pensiones, SAU, EGFP (G0077), antes denominada Caja de Madrid de Pensiones, SAU, EGFP.

— Resolución de 30-5-2013. Fija el tipo de interés que devengarán los Bonos del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores a tipo de interés variable, vencimiento el 30-11-2014, el 31-5-2015, el 30-11-2015, el 31-5-2016, el 30-11-2016 y el 31-5-2017, durante el próximo periodo de interés.

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 188/2013. 15-3-2013. Aprueba el Estatuto del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía.

— Real Decreto 218/2013. 22-3-2013. Aprueba la oferta de empleo público para el año 2013.

— Real Decreto 231/2013. 5-4-2013. Modifica el Real Decreto 903/2007, de 6-7-2007, por el que se aprueba el estatuto del Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos.

— Orden 308/2013. 26-2-2013. Crea y se regula el Registro de Representantes Aduaneros.

— Orden 338/2013. 26-2-2013. Fija umbrales relativos a las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros de la UE para el año 2013.

— Orden 393/2013. 11-3-2013. Modifica la Orden PRE/3581/2007, de 10-12-2007, por la que se establecen los departamentos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se les atribuyen funciones y competencias, y la Orden 2-6-1994, por la que se desarrolla la estructura de la AEAT.

— Orden 470/2013. 15-3-2013. Aprueba los modelos de declaración del IRPF y del IP, ejercicio 2012, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, se establecen los procedimientos de obtención o puesta a disposición, modificación y confirmación o suscripción del borrador de declaración del IRPF, y se determinan las condiciones generales y el procedimiento para la presentación de ambos por medios telemáticos o telefónicos.

— Orden 490/2013. 27-3-2013. Modifica la Orden HAP/2662/2012, de 13-12-2012, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación.

— Orden 547/2013. 2-4-2013. Crea y se regula el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

— Orden 548/2013. 2-4-2013. Crea y regulan sedes electrónicas en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

— Orden 566/2013. 8-4-2013. Regula el Registro Electrónico Común.

— Orden 636/2013. 15-4-2013. Aprueba el modelo 108, «Gravamen único sobre revalorización de activos de la Ley 16/2012 para contribuyentes del IRPF. Autoliquidación, se aprueba el modelo 208, «Gravamen único sobre revalorización de activos de la Ley 16/2012 para sujetos pasivos del IS y contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente. Autoliquidación, y por la que se modifica la Orden HAP/2055/2012, de 28-9-2012, por la que se aprueba el modelo 202 y se modifica el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español y por la que se modifican otras disposiciones relativas al ámbito de la gestión recaudatoria de determinadas autoliquidaciones.

— Orden 660/2013. 22-4-2013. Reduce para el periodo impositivo 2012 los índices de rendimiento neto y el índice corrector por piensos adquiridos a terceros aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

— Corrección de errores. Orden 660/2013. 22-4-2013. Reducen para el periodo impositivo 2012 los índices de rendimiento neto y el índice corrector por piensos adquiridos a terceros aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

— Orden 689/2013. 19-4-2013. Regula el fichero de datos de carácter personal de cooperación con las administraciones territoriales.

— Orden 703/2013. 29-4-2013. Aprueba el modelo 583: «Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica. Autoliquidación y Pagos Fraccionados, y se establece la forma y procedimiento para su presentación.

— Orden 779/2013. 30-4-2013. Aprueba el modelo 548: «Impuestos Especiales de Fabricación. Declaración informativa de cuotas repercutidas».

— Orden 864/2013. 14-5-2013. Aprueban los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos

iniciados entre el 1-1-2012 y el 31-12-2012, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Corrección de erratas. Orden 864/2013. 14-5-2013. Aprueban los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2012 y el 31-12-2012, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Resolución de 19-2-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con el Real Decreto-ley 14/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto en el ámbito educativo.

— Resolución de 19-2-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20-4-2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

— Resolución de 25-2-2013. Publica la rehabilitación de un NIF.

— Resolución de 25-2-2013. Publica la revocación de los NIF.

— Resolución de 1-3-2013. Desarrolla la información a suministrar por las corporaciones locales, relativa al esfuerzo fiscal y su comprobación en las Delegaciones de Economía y Hacienda.

— Resolución de 6-3-2013. Publica la rehabilitación de un NIF.

— Resolución de 6-3-2013. Publica la revocación de los NIF.

— Resolución de 8-3-2013. Aprueba las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2013.

— Resolución de 13-3-2013. Modifica Resolución de 26-12-2005, por la que se establece la estructura orgánica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.

— Resolución de 13-3-2013. Modifica Resolución de 24-3-1992, sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los Tributos en el ámbito de la competencia del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

— Resolución de 5-4-2013. Publica la revocación de los NIF que figuran en el Anexo.

— Resolución de 12-4-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley del País Vasco 14/2012, de 28-6-2012, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales.

— Resolución de 12-4-2013. Publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 11/2012, de 14-6-2012, de Cajas de Ahorros de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Resolución de 25-4-2013. Publica la revocación de NIF.

— Resolución de 8-5-2013. Publica la rehabilitación de los NIF.

— Resolución de 8-5-2013. Publica la revocación de los NIF.

— Resolución de 10-5-2013. Cancela la autorización número 236 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a Caja Rural de Albacete, Sdad. Coop. de Crédito.

— Resolución de 10-5-2013. Cancela la autorización número 243 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a Caja Rural de Cuenca, Sdad. Coop. de Crédito.

— Resolución de 13-5-2013. Cancela la autorización número 245 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a Caja Rural de Ciudad Real, Sdad. Coop. de Crédito.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 2/2013. 9-5-2013. Documento con los datos fundamentales para el inversor y el folleto de las instituciones de inversión colectiva.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 1-3-2013. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 1-3-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 5-3-2013. Medidas adicionales temporales relativas a las operaciones de política monetaria del Banco de España.

— Resolución de 21-3-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 1-4-2013. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 1-4-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 17-4-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Resolución de 17-4-2013. Publica la relación de participantes directos en TARGET-Banco de España.

— Resolución de 2-5-2013. Publica los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente.

— Resolución de 3-5-2013. Publica determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

— Resolución de 20-5-2013. Publica determinados tipos de referencia del mercado hipotecario.

— Circular 1/2013. 24-5-2013. Modifica la Circular 4/2004, de 22-12-2004, a las entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

— Resolución de 10-4-2013. Emplaza a los interesados en el procedimiento ordinario 62/2013, promovido por la Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense de Pontevedra ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección séptima.

— Resolución de 16-4-2013. Acuerda acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Reestructuración de Grupo BFA-Bankia, aprobado el 27-11-2012 por el FROB y el Banco de España y el 28-11-2012 por la Comisión Europea.

— Resolución de 24-4-2013. Acuerda la emisión por Banco CEISS de instrumentos convertibles en acciones ordinarias de la entidad, en ejecución del Plan de Resolución aprobado el 19-12-2012 por el FROB y el Banco de España y el 20-12-2012 por la Comisión Europea.

— Resolución de 16-5-2013. Acuerda acciones de recapitalización y de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución del Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S. A.

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

— Resolución de 13-5-2013. Actualiza la Carta de servicios.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

— Real Decreto 156/2013. 1-3-2013. Regula la suscripción del convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral.

— Real Decreto 189/2013. 15-3-2013. Modifica el Real Decreto 34/2008, de 18-1-2008, por el que se regulan los certificados de profesionalidad y los Reales Decretos por los que se establecen certificados de profesionalidad dictados en su aplicación.

— Orden 484/2013. 26-3-2013. Regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social.

— Orden 485/2013. 26-3-2013. Regula las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social.

— Orden 486/2013. 26-3-2013. Crea y regula el Registro electrónico de apoderamientos de la Seguridad Social para la realización de trámites y actuaciones por medios electrónicos.

— Orden 911/2013. 23-5-2013. Prorroga los plazos para la presentación de las solicitudes y de remisión de los informes-propuesta de los incentivos correspondientes al ejercicio 2012, al amparo del Real Decreto 404/2010, de 31-3-2010, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

— Resolución de 15-4-2013. Convoca la prueba de aptitud para acceder al ejercicio de la profesión de Graduado Social en España por parte de ciudadanos de la UE y otros estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

— Resolución de 6-5-2013. Modifica la Resolución de 17-7-2001, por la que se dictan instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito.

— Resolución de 8-5-2013. Modifica la de 16-7-2004, sobre determinación de funciones en materia de aplazamientos de pago de deudas, reintegros de prestaciones indebidamente percibidas, compensación, devolución de ingresos indebidos, reembolso del coste de las garantías, desistimiento, convenios o acuerdos en procedimientos concursales y anuncios de subastas en boletines oficiales.

— Resolución de 13-5-2013. Establece el Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2013.

— Corrección de erratas. Orden 56/2013. 28-1-1013. Desarrolla las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN

— Acuerdo de contratación pública común para la contratación de plataformas comunes de subastas, hecho en Madrid el 3-11-2011.

— Acuerdo de contratación pública común para la contratación de una entidad única supervisora de las subastas, hecho en Madrid el 3-11-2011.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada, hecho *ad referendum* en Rabat el 6-3-2007.

— Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 14-7-2011.

— Decisión del Consejo Europeo de 25-3-2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la UE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión del Reino de Marruecos al convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Montenegro al convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

— Resolución de 2-4-2013. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 8-3-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos universitarios de Doctor y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 2-4-2013. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 8-3-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 2-4-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8-3-2013, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Corrección de errores. Real Decreto 1657/2012, de 7-12-2012. Regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 233/2013. 5-4-2013. Regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

— Real Decreto 270/2013. 19-4-2013. Certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente.

— Orden 616/2013. 12-4-2013. Crea y regula el Registro Electrónico Nacional del Servicio Europeo de Telepeaje en España.

— Resolución de 8-4-2013. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22-3-2013, por el que se revisan y modifican los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados o convenidos concedidos en el marco de los programas 1993 y 1995 (Plan de Vivienda 1992-1995), el programa 1998 (Plan de Vivienda 1996-1999), Plan de Vivienda 2002-2005 y Plan de Vivienda 2005-2008.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE

— Real Decreto 234/2013. 5-4-2013. Establece normas para la aplicación del Reglamento (CE), número 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25-11-2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE.

— Real Decreto 255/2013. 12-4-2013. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, por el que se modifican diversas normas relativas al ámbito y constitución de dicha demarcación hidrográfica y de la Confederación Hidrográfica del Júcar.

— Corrección de errores. Real Decreto 255/2013. 12-4-2013. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, por el que se modifican diversas normas relativas al ámbito y constitución de dicha demarcación hidrográfica y de la Confederación Hidrográfica del Júcar.

— Real Decreto 285/2013. 19-4-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil.

— Real Decreto 295/2013. 26-4-2013. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica de Ceuta.

— Real Decreto 296/2013. 26-4-2013. Establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica de Melilla.

— Real Decreto 354/2013. 17-5-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Guadiana.

— Real Decreto 355/2013. 17-5-2013. Aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir.

— Orden 661/2013. 18-4-2013. Modifica los Anexos I, II y III del Real Decreto 1481/2001, de 27-12-2001, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO

— Real Decreto 294/2013. 26-4-2013. Regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos en 2013, en el marco de la estrategia integral para el impulso del vehículo eléctrico en España 2010-2014.

— Orden 562/2013. 8-4-2013. Modifica el Anexo IV del Real Decreto 224/2008, de 15-2-2008, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de inspección técnica de vehículos.

— Orden 741/2013. 25-4-2013. Aprueban los modelos de solicitud de títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.

MINISTERIO DE DEFENSA

— Orden 778/2013. 29-4-2013. Modifica diversas disposiciones que regulan el ingreso en los centros docentes militares de formación y la enseñanza de formación.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 27/2013. 11-2-2013. Recurso de amparo 4176-2009. Promovido por Valzorales, S. L., en relación con las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS y del TSJ de Extremadura que desestimaron su demanda contra la Junta de Extremadura sobre denegación de ayuda a la siembra de cáñamo. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (error patente) y a un proceso con todas las garantías: Negativa a plantear cuestión prejudicial de interpretación de las normas reguladoras de la organización común de mercados del lino y el cáñamo que se funda en una interpretación razonable y motivada del régimen jurídico de la cuestión prejudicial y que sigue la doctrina del TJUE sobre la noción de acto claro. Voto particular.

— Sentencia 28/2013. 11-2-2013. Recurso de amparo 7189-2009. Promovido por don I. M. I., en relación con las Resoluciones de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre licenciamiento definitivo. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley,

libertad personal, tutela judicial efectiva (intangibilidad) y legalidad penal: Falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto recurso de casación por infracción de ley (STC 58/2012).

— Sentencia 29/2013. 11-2-2013. Recurso de amparo 10.522-2009. Promovido por don A. T. F. N., en relación con las SSTSJ de Andalucía y de un Juzgado de lo Social de Sevilla parcialmente estimatorias de su impugnación de sanción disciplinaria impuesta por la Universidad de Sevilla. Vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal: Utilización de imágenes captadas por las cámaras de video-vigilancia instaladas en el recinto universitario para una finalidad, la supervisión laboral, de la que no se informó al trabajador (STC 292/2000). Voto particular.

— Sentencia 30/2013. 11-2-2013. Recurso de amparo 827-2011. Promovido por doña A. F. M., frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 23 de Madrid, que confirmó la multa impuesta por no haber aportado datos suficientes para identificar al conductor de un vehículo que había cometido una infracción de tráfico. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: Resolución sancionadora que carece de fundamento razonable en la infracción administrativa aplicada (STC 111/2004).

— Sentencia 31/2013. 11-2-2013. Recurso de amparo 4.759-2011. Promovido por don G. R. D. A., frente a las Resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordaron su extradición a la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad: Incumplimiento de la legalidad en materia de extradición al tramitarse y concederse la solicitud presentada por la Región Administrativa Especial de Hong Kong sin contar con la asistencia o autorización de la República Popular China. Voto particular.

— Sentencia 32/2013. 11-2-2013. Recurso de amparo 501-2012. Promovido por Studios Viales e Ingeniería, S. L., con respecto a las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias y un Juzgado de lo Penal de Avilés en procedimiento abreviado por delitos contra la hacienda pública. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): Sentencia de apelación que se aparta conscientemente de una doctrina reiterada y conocida del Tribunal Constitucional (STC 59/2010).

— Sentencia 33/2013. 11-2-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 5.060-2012. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en relación el apartado cinco de la Disposición Transitoria de la Ley 9/2007, de 13-4-2007, del sistema canario de seguridad y emergencia y de modificación de la Ley 6/1997, de 4-7-1997, de coordinación de las policías locales de Canarias. Competencias sobre bases del régimen estatutario de la función pública y seguridad pública: Nulidad del precepto legal autonómico que establece una dispensa de titulación para la promoción interna de los policías locales (STC 175/2011).

— Sentencia 34/2013. 14-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.934-2003. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 24/2003, de 10-7-2003, de la viña y del vino. Competencias sobre ordenación general de la economía, agricultura y denominaciones de origen: Reconocimiento a los operadores de la facultad de elección del organismo independiente de inspección que deba supervisar su actividad que vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña; interpretación conforme de diversos preceptos legales. Voto particular.

— Sentencia 35/2013. 14-2-2013. Conflicto positivo de competencia 145-2004. Promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con el Real Decreto 1046/2003, de 1-8-2003, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua. Competencias en materia laboral: Atribución a la Administración del Estado del ejercicio de funciones ejecutivas que vulnera las competencias de la Generalitat de Cataluña al basarse exclusivamente en los efectos territoriales de las actuaciones (STC 244/2012).

— Sentencia 36/2013. 14-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.123-2004. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla-La Mancha respecto del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30-12-2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Principios democráticos, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; competencias sobre aguas: Constitucionalidad de la remisión al reglamento de la clasificación de los estados o potenciales de masas de agua, así como de los preceptos legales relativos a los plazos de participación pública en la elaboración de planes hidrológicos, demarcaciones hidrográficas y procedimiento de imputación de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la UE.

— Sentencia 37/2013. 14-2-2013. Conflicto positivo de competencia 7.526-2004. Planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, en relación con diversos apartados de la Orden TAS/2783/2004, de 30-7-2004, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa para la formación de trabajadores, en desarrollo del Real Decreto 1046/2003, de 1-8-2003, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua. Competencias en materia laboral: Pérdida parcial de objeto del conflicto positivo de competencia, adecuado ejercicio de las competencias estatales (STC 244/2012).

— Sentencia 38/2013. 14-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.081-2005. Interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación en relación con el artículo único de la Ley de las Cortes de Castilla y León 7/2004, de 22-12-2004, que da nueva redacción al artículo 47 de la Ley 6/1991, de 19-4-1991, de archivos y patrimonio documental de Castilla y León. Competencias sobre archivos: Nulidad del precepto legal que extiende a archivos de titularidad estatal la aplicación de la normativa autonómica (SSTC 103/1988 y 14/2013).

— Sentencia 39/2013. 14-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 4.174-2006. Interpuesto por ochenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados en relación con el Real Decreto-ley 4/2006, de 24-2-2006, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía. Límites a los Decretos-Leyes: Acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante y de la conexión de sentido entre la situación de urgencia y las medidas ideadas para hacerle frente.

— Sentencia 40/2013. 14-2-2013. Conflicto positivo de competencia 6.893-2007. Planteado por el Gobierno de la Junta de Galicia en relación con la Orden TAS/1051/2007, de 18-4-2007, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del IRPF. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y asistencia social: Preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones (STC 21/2013). Voto particular.

— Sentencia 41/2013. 14-2-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 8.970-2008. Planteada por el Juzgado de lo Social, número 33 de Barcelona, respecto de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 40/2007, de 4-12-2007, de medidas en materia de Seguridad Social. Principio de igualdad ante la ley: Nulidad del precepto legal que supedita el disfrute del derecho a la pensión de viudedad que en él se establece a que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. Voto particular.

— Sentencia 42/2013. 14-2-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 9.200-2008. Planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Lleida, en relación con el artículo 121.21.d) de la primera Ley del Código Civil de Cataluña, aprobada por Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30-12-2002. Principio de igualdad ante la ley; competencias sobre legislación procesal y Derecho Civil: Inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad al plantearse respecto de un precepto legal que no se encontraba vigente al momento de producirse los hechos objeto de enjuiciamiento.

— Sentencia 43/2013. 25-2-2013. Recurso de amparo 5.716-2010. Promovido por doña P. O. L., en relación con la SAP de Huelva que la condenó, en apelación, por un delito contra los derechos de los trabajadores en concurso con una falta de lesiones. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: STC 144/2012 (condena fundada en la valoración de pruebas de carácter personal y pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública).

— Sentencia 44/2013. 25-2-2013. Recurso de amparo 8.932-2010. Promovido por la Confederación General del Trabajo respecto de las resoluciones de la Sala de lo Social del TS y de la AN que declararon la finalización de un procedimiento de impugnación de convenio colectivo. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas

las garantías, y a la libertad sindical: Apreciación de la carencia sobrevenida de objeto del proceso, al haberse derogado los preceptos controvertidos del convenio colectivo impugnado, fundada en una causa legal aplicada al caso de manera razonada y razonable.

— Sentencia 45/2013. 25-2-2013. Recurso de amparo 6.818-2011. Promovido por doña A. F. M., frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 1 de Madrid, que confirmó la multa impuesta por no haber aportado datos suficientes para identificar al conductor de un vehículo que había cometido una infracción de tráfico. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: STC 30/2013 (resolución sancionadora que carece de fundamento razonable en la infracción administrativa aplicada).

— Sentencia 46/2013. 28-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.174-2003. Interpuesto por el Presidente de Gobierno en relación con el artículo 17.1 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 11/2002, de 12-12-2002, de colegios y consejos de colegios profesionales de Extremadura. Competencias sobre colegios profesionales: Nulidad del precepto legal que establece los supuestos de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos autonómicos (STC 3/2013).

— Sentencia 47/2013. 28-2-2013. Conflicto positivo de competencia 6.328-2003. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña respecto del Real Decreto 828/2003, de 27-6-2003, por el que se establecen los aspectos educativos básicos de la educación preescolar. Competencias sobre educación y asistencia social: Constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales relativos a la educación infantil (STC 184/2012).

— Sentencia 48/2013. 28-2-2013. Conflicto positivo de competencia 6.330-2003. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 831/2003, de 27-6-2003, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la educación secundaria obligatoria. Competencias sobre educación: Constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales relativos a la enseñanza de las lenguas cooficiales (STC 13/2013) y a la composición de los equipos de evaluación que deben decidir sobre la promoción de los alumnos (STC 184/2012).

— Sentencia 49/2013. 28-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 988-2004. Interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 43/2003, de 2-11-2003, de montes. Competencias sobre montes: Inconstitucionalidad del encuadramiento en la competencia estatal sobre investigación científica y técnica del precepto legal relativo a la cooperación interadministrativa en las redes temáticas, parcelas de seguimiento y áreas de reserva derivadas de la normativa internacional (STC 242/1999).

— Sentencia 50/2013. 28-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.021-2004. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 6/2003, de

30-12-2003, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales. Competencias sobre colegios profesionales: Nulidad del precepto legal que establece los supuestos de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos autonómicos (STC 3/2013).

— Sentencia 51/2013. 28-2-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.049-2004. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18-6-2004, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5-7-2001, del Plan Hidrológico Nacional. Límites a los Decretos-Leyes: STC 237/2012 (constitucionalidad del Decreto-ley que deroga las previsiones de la Ley del Plan Hidrológico Nacional relativas al trasvase de aguas del Ebro).

— Sentencia 52/2013. 28-2-2013. Conflicto positivo de competencia 7.604-2009. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con la Orden SAS/1352/2009, de 26-5-2009, por la que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del IRPF. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y asistencia social: Preceptos reglamentarios estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones (STC 21/2013).

— Sentencia 53/2013. 28-2-2013. Recurso de amparo 8.309-2010. Promovido por don J. C. S. I. y don Z. B. S. U., en relación con las sentencias de la Sala de lo Penal del TS y de la AN, que les condenaron por delitos de asesinato y daños terroristas. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: Condena penal fundada en declaraciones prestadas en dependencias policiales no reproducidas en el juicio oral (STC 68/2010).

— Sentencia 54/2013. 11-3-2013. Recurso de amparo 8.136-2009. Alegada vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley, libertad personal, tutela judicial efectiva (intangibilidad) y legalidad penal.

— Sentencia 55/2013. 11-3-2013. Recurso de amparo 6.163-2010. Pensión de viudedad. Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

— Sentencia 56/2013. 11-3-2013. Recurso de amparo 7.271-2010. Contrato. Vulneración del derecho a la tutela judicial.

— Sentencia 57/2013. 11-3-2013. Recurso de amparo 3.723-2011. Sexo. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva.

— Sentencia 58/2013. 11-3-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 4.595-2011. Derecho de huelga. Nulidad. Servicios mínimos.

— Sentencia 59/2013. 13-3-2013. Conflicto positivo de competencia 1.618-2003. Medio ambiente. Aguas.

— Sentencia 60/2013. 13-3-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 8.952-2010. Medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos. Límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas. Nulidad de la ley autonómica en cuanto grava la

producción termonuclear de energía eléctrica y el almacenamiento de residuos radiactivos.

— Sentencia 61/2013. 14-3-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 5.862-2003. Derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo: determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, computando exclusivamente las horas trabajadas en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial.

— Sentencia 62/2013. 14-3-2013. Conflicto positivo de competencia 198-2004. Formación profesional continua. Competencias en materia laboral.

— Sentencia 63/2013. 14-3-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.022-2004. Colegios profesionales de Andalucía.

— Sentencia 64/2013. 14-3-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.598-2004. Plan hidrológico nacional.

— Sentencia 65/2013. 14-3-2013. Conflicto positivo de competencia 7.931-2004. Subvenciones públicas. Formación de trabajadores.

— Sentencia 66/2013. 14-3-2013. Recurso de inconstitucionalidad 6.444-2005. Competencias sobre archivos: Sistema archivístico valenciano.

— Sentencia 67/2013. 14-3-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.278-2006. Principios de interdicción de la arbitrariedad y protección del patrimonio cultural.

— Sentencia 68/2013. 14-3-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.682-2006. Principios de interdicción de la arbitrariedad y protección del patrimonio cultural.

— Sentencia 69/2013. 14-3-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.124-2008. Patrimonio natural y la biodiversidad. Comité MaB español.

— Sentencia 70/2013. 14-3-2013. Conflicto positivo de competencia 5.582-2012. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y asistencia social.

— Sentencia 71/2013. 8-4-2013. Recurso de amparo 5.560-2007. Pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común.

— Sentencia 72/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 154-2008. Jubilación. Determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial.

— Sentencia 73/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 401-2011. Inadmisión del recurso de apelación al no haber constituido en plazo el depósito para recurrir: Subsananabilidad de la omisión de constitución del depósito para recurrir.

— Sentencia 74/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 1.770-2011. Derecho del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): Subsananabilidad de la omisión de constitución del depósito para recurrir.

— Sentencia 75/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 1.771-2011. Delito de enaltecimiento del terrorismo. Condena fundada únicamente en un testimonio anónimo cuya fiabilidad no tuvieron oportunidad de contrastar los acusados.

— Sentencia 76/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 3.268-2011. Ordenación urbana. Falta de emplazamiento de quien es titular de una estación de servicio ubicada en unos terrenos cuya clasificación urbanística fue alterada en la revisión del instrumento de planeamiento impugnada.

— Sentencia 77/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 5.030-2011. Viudedad. Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley.

— Sentencia 78/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 6.915-2011. Delito de lesiones. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho) y a la presunción de inocencia.

— Sentencia 79/2013, de 8-4-2013. Recurso de amparo 6.996-2011. Promovido por la entidad I. G. Llanerastur, S. L., en relación con el Auto de un Juzgado de Primera Instancia de Avilés que rechazó la nulidad de actuaciones de procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: entidad mercantil que no fue emplazada personalmente al proceso pese a ser titular de un derecho de propiedad sobre el bien ejecutado inscrito en el Registro de la Propiedad.

— Sentencia 80/2013, de 11-4-2013. Conflicto positivo de competencia 5.209-2003. Medio ambiente y espacios naturales protegidos: Carácter instrumental de las certificaciones ambientales respecto de la obra de infraestructura de competencia estatal sobre la que versan.

— Sentencia 81/2013, de 11-4-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 6.760-2003. Uniones de hecho. Competencias sobre legislación civil y función pública.

— Sentencia 82/2013, de 11-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.295-2004. La viña y el vino. Competencias sobre ordenación general de la economía, agricultura y denominaciones de origen: Interpretación conforme de diversos preceptos legales.

— Sentencia 83/2013, de 11-4-2013. Conflicto positivo de competencia 3.157-2005. Competencias sobre ferrocarriles: interpretación conforme de diversos preceptos reglamentarios.

— Sentencia 84/2013, de 11-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 7.837-2006. Competencias sobre montes, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente.

— Sentencia 85/2013, de 11-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 9.451-2006. Constitucionalidad del canon autonómico del agua.

— Sentencia 86/2013, de 11-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.394-2008. Límites materiales de las leyes de presupuestos: Personas dependientes.

— Sentencia 87/2013, de 11-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 6.868-2008. Patrimonio natural y de la biodiversidad. Espacios naturales protegidos marinos.

— Sentencia 88/2013, de 11-4-2013. Recurso de amparo 10.713-2009. Delito societario. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia.

— Sentencia 89/2013. 22-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 6.851-2010. Competencias sobre colegios profesionales: Obligación de colegiación para el ejercicio de determinadas profesiones.

— Sentencia 90/2013. 22-4-2013. Recurso de amparo 2.090-2011. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Inadmisión de un recurso de apelación interpuesto por procurador carente de representación.

— Sentencia 91/2013. 22-4-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 3.296-2011. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y colegios profesionales: Nulidad del precepto legal autonómico que limita, con criterios territoriales, la designación de profesionales colegiados como tercer perito en el procedimiento de tasación pericial contradictoria.

— Sentencia 92/2013. 22-4-2013. Cuestión de inconstitucionalidad 4.596-2011. Indemnización patrimonial en materia urbanística. Nulidad del precepto legal autonómico que supedita la ejecución de sentencias a la previa resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración.

— Sentencia 93/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 5.297-2000. Competencias sobre legislación civil, principio de seguridad jurídica, derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, protección de la familia.

— Sentencia 94/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 596-2004. Régimen jurídico de las Administraciones públicas, ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; autonomía local: constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a la creación y aportaciones públicas a las juntas de compensación, comunicación de actuaciones urbanísticas a la Administración titular de bienes inmuebles, régimen urbanístico de inmuebles desafectados y destino del patrimonio estatal de vivienda.

— Sentencia 95/2013. 23-4-2013. Conflicto positivo de competencia 4.593-2004. Regula la financiación de las acciones de formación continua en las empresas. Competencias en materia laboral: vulneración de competencias ejecutivas autonómicas.

— Sentencia 96/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 3.095-2006. Límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: Constitucionalidad del impuesto autonómico sobre daño medioambiental causado por las grandes áreas de venta.

— Sentencia 97/2013. 23-4-2013. Competencias sobre montes, ordenación del territorio y medio ambiente: Constitucionalidad de los preceptos legales estatales que prohíben el cambio de uso forestal de los terrenos incendiados durante un período mínimo de treinta años y limitan la circulación con vehículos a motor por pistas forestales.

— Sentencia 98/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 4.368-2007. Competencias sobre fundaciones y legislación civil: Nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la fusión de fundaciones.

— Sentencia 99/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 78-2008. Competencias sobre medio ambiente y espacios naturales protegidos: Constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a la declaración y gestión de parques nacionales marinos.

— Sentencia 100/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.358-2008. Principio de solidaridad territorial, financiación autonómica: Constitucionalidad del precepto legal que regula la aplicación de la metodología para el cumplimiento del régimen de inversiones estatales en infraestructuras.

— Sentencia 101/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.410-2008. Sistema de financiación autonómica: Constitucionalidad de los preceptos legales que determinan las cuantías de los fondos de compensación interterritorial, establecen la compensación por la supresión del impuesto general sobre el tráfico de empresas y fijan el importe de la inversión estatal.

— Sentencia 102/2013. 23-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 6.883-2010. Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Competencias sobre régimen energético, medio ambiente y espacios naturales protegidos: Constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos al suministro de energía eléctrica a los usuarios y al régimen de concesiones y autorizaciones de actividades de servicios en los parques nacionales.

— Sentencia 103/2013. 25-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 1.523-2004. Competencias sobre régimen local; autonomía local: Inconstitucionalidad del precepto legal que permite nombrar como miembros de la junta de gobierno local a personas distintas de los concejales

— Sentencia 104/2013. 25-4-2013. Recurso de inconstitucionalidad 2.095-2004. Competencias en materia de aguas, agricultura asistencia social, legislación laboral y medio ambiente. Interpretación conforme del precepto legal que prevé la intervención subsidiaria del Gobierno de la Nación en las propuestas de elaboración y revisión de los planes hidrológicos de Cuenca.

— Auto 28/2013. 11-2-2013. Inadmite a trámite el recurso de amparo 5.469-2012, promovido por doña M. A. T., sobre archivo de causa penal. Voto particular.

— Auto 68/2013. 12-3-2013. Delitos de homicidio imprudente en concurso con un delito contra la seguridad de los trabajadores.

— Auto 84/2013. 23-4-2013. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6.313-2012, en relación con la Disposición Transitoria 1.^a de la Norma Foral de las Juntas Generales de Álava 14/2009, de ejecución presupuestaria para 2010.

— Auto 85/2013. 23-4-2013. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6.611-2012, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

— Conflicto en defensa de la autonomía local 570-2011. Contra los artículos 32, 33, 78, 82.2, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 9/2010, de 30-7-2010, de Aguas para Andalucía.

— Conflicto positivo de competencia 6.862-2012, contra la Decisión del Gobierno Vasco, de fecha indeterminada, por la que acuerda que los trabajadores del sector público vasco cobren la paga extraordinaria de diciembre de 2012, «así como respecto a las actuaciones o disposiciones que apliquen este criterio».

— Conflicto positivo de competencia 136-2013, contra el Decreto Foral 117/2012, de 31-10-2012, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18-11-1996, que establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 5.659-2012, en relación a la Disposición Adicional 6.^a de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118, 149.1.6 y 149.1.18 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 9.157-2006, en relación con el inciso inicial de la letra *a*), de la regla 2.^a, del apartado 1 de la Disposición Adicional 7.^a del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20-6-1994, por posible vulneración del artículo 14 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 763-2007, en relación con la Disposición Adicional 7.^a, 2.^a, del TR de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 15/1998, de 27-11-1998, por posible vulneración de los artículos 1.1, 13, 14 y 41 CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 9.020-2007, en relación con la regla 2.^a del apartado 1 de la Disposición Adicional 7.^a del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20-6-1994, por posible vulneración de los artículos 1, 9.3, 14 y 41 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 5.642-2012, en relación con el apartado *c*) de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 40/2007, de 4-12-2007, de medidas en materia de Seguridad Social, por posible vulneración de los artículos 10.1 y 14 de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 1.457-2013, en relación con la Disposición Adicional 6.^a de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2013, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118, 149.1.6 y 149.1.18 de la CE.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 228-2003, en relación con el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000, de 3-7-2000, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, por supuesta infracción del artículo 149.1.8.^a de la Constitución.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 2.285-2013, en relación con el artículo 24.5, primer inciso de la Ley del Parlamento Balear 7/1998, de 12-11-

1998, de Ordenación Farmacéutica de les Illes Balears, por posible vulneración del artículo 14 CE.

— Cuestión interna de inconstitucionalidad número 693-2013, en relación con el artículo 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20-6-1994, en la redacción dada por el artículo 32.Uno de la Ley 50/1998, de 30-12-1998, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración del artículo 14 CE.

— Cuestiones de inconstitucionalidad número 5.727-2011, 6.193-2011, 22-2012, 539-2012, 845-2012, 1.525-2012, 1.986-2012, 2.465-2012 y 5.659-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional sexta, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118 todos ellos de la Constitución.

— Cuestiones de inconstitucionalidad número 5.728-2011, 5.799-2011, 6.192-2011, 23-2012, 540-2012, y 5.660-2012, en relación con el artículo 2 de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4-4-2011, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25-6-2001, de Ordenación Territorial y del Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, a la que se añade una nueva Disposición Adicional 6.ª, por posible vulneración de los artículos 149.1.6 y 149.1.18 en relación con los artículos 9.3, 24.1, 106.1, 117, 118, todos ellos de la Constitución.

— Impugnación de disposiciones autonómicas 1.389-2013, contra la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23-1-2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.

— Recurso de inconstitucionalidad número 557-2013, contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27-4-2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

— Recurso de inconstitucionalidad número 6.777-2012, contra los artículos 59, 64.4 y apartado 7.º de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley de Cataluña 3/2012, de 22-2-2012, de modificación del TR de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3-8-2010.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.743-2013, contra las Disposiciones Adicionales 40.ª 71.ª y Decreto Foral 8.ª de la Ley 2/2012, de 29-6-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.744-2013, contra las Disposiciones Adicionales 81.ª 84.ª de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Recurso de inconstitucionalidad número 7.208-2012, contra los artículos 16 (en lo relativo al nuevo art. 3 bis.1.1, apdo. 1, del TR de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Generalidad de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 3/2008, de 25-6-2008) y 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20-3-2012,

de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas y de Creación del Impuesto sobre Estancias en Establecimientos Turísticos.

— Recurso de inconstitucionalidad número 7.279-2012, contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18-12-2012, del Impuesto sobre los Depósitos en las Entidades de Crédito.

— Recurso de inconstitucionalidad número 27-2013, contra los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Ley de la Comunidad de Madrid 1/2012, de 26-3-2012, para la Protección de los Derechos de los Consumidores mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid.

— Recurso de inconstitucionalidad 501-2013, contra la Ley Foral 18/2012, de 19-10-2012, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.780-2013, contra los artículos 4, 5 y 8 de la Ley 15/2012, de 27-12-2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética; artículos 8 del Real Decreto-ley 29/2012, de 28-12-2012, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social; y artículos 1, 2 y 3 y Disposición Adicional Única del Real Decreto-ley 2/2013, de 1-2-2013, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.808-2013, contra el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27-12-2012, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.811-2013, contra la Disposición Adicional 13.^a de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.814-2013, contra los artículos 22.Tres; 23.Uno.2 y Disposiciones Adicionales 81.^a y 84.^a de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.815-2013, contra los artículos 22.Tres; 23.Uno.2; Disposiciones Adicionales 12.^a, 40.^a, 71.^a de la Ley 2/2012, de 29-6-2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.839-2013, contra los artículos 11 y 12 del vigente Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha, según la redacción de los mismos aprobada en la sesión plenaria celebrada el 20 y 21-12-2012.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.873-2013, contra el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27-12-2012, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.881-2013, contra el artículo 19 de la Ley 16/2012, de 27-12-2012, por la que se adoptan diversas medidas

tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.883-2013, contra los artículos 1, 2, 4, 5 y 7 de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2012, de 20-12-2012, de Viviendas Rurales Sostenibles.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.884-2013, contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28-12-2012, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.914-2013, contra el artículo 112 y las partidas de gastos concordantes; artículos 2 y 6, en cuanto recogen los créditos de los capítulos VI y VII, relativos a la inversión del Estado; la cuantía fijada en el concepto 453 del estado de ingresos; y la Disposición Adicional 13.^a de la Ley 17/2012, de 27-12-2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

— Recurso de inconstitucionalidad número 1.983-2013, contra los artículos 1, 2, 8, 22, 27, 28; las Disposiciones Adicionales 7.^a, 9.^a, y 11.^a; Disposiciones Transitorias 1.^a, 8.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a, 12.^a y 14.^a, y las Disposiciones Finales 1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a, del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.059-2013, contra los artículos 8.3.b), 49.1, 50 y 55 de la Ley del País Vasco 15/2012, de 28-6-2012, de ordenación del sistema de seguridad pública de Euskadi.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.205-2013, contra el artículo 38 y la Disposición Adicional 15.^a del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.240-2013, contra los artículos 27, apartados uno a cuatro, y 28 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13-7-2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia 12-3-2013. Anula determinados preceptos del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20-4-2011.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto-ley 2/2013. 12-3-2013. Confirma determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía.

— Decreto-ley 3/2013. 19-3-2013. Modifica la Ley 18/2007, de 17-12-2007, de la Radio y Televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA).

— Decreto-ley 4/2013. 2-4-2013. Modifica la Ley 4/2002, de 16-12-2002, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

— Decreto-ley 5/2013. 2-4-2013. Adopta determinadas medidas sobre el empleo del personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía para el mantenimiento de la calidad y eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía.

— Decreto-ley 6/2013. 9-4-2013. Medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.

— Decreto-ley 7/2013. 30-4-2013. Medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía.

— Corrección de errores. Decreto-ley 7/2013. 30-4-2013. Medidas extraordinarias y urgentes para la lucha contra la exclusión social en Andalucía.

— Decreto 31/2013. 26-2-2013. Regula la Oficina para la Defensa del Contribuyente y el Régimen Jurídico de las quejas y sugerencias que se formulen en relación con el funcionamiento de la Administración tributaria de la Junta de Andalucía.

— Decreto 32/2013. 26-2-2013. Autoriza la puesta en circulación de emisiones de Deuda Pública de la Junta de Andalucía, o la concertación de otras operaciones de endeudamiento, cualquiera que sea la forma en la que se documenten, tanto en el interior como en el exterior, por un importe máximo equivalente a mil doscientos setenta y seis millones trescientos once mil cuatrocientos diez euros con noventa y siete céntimos.

— Decreto 37/2013. 12-3-2013. Autoriza la puesta en circulación de emisiones de Deuda Pública de la Junta de Andalucía, o la concertación de otras operaciones de endeudamiento, cualquiera que sea la forma en la que se documenten, tanto en el interior como en el exterior, por un importe máximo equivalente a tres mil ciento trece millones novecientos ochenta y cuatro mil quinientos cuarenta y dos euros.

— Decreto 42/2013. 26-3-2013. Aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2013 para el Cuerpo de Maestros.

— Decreto 47/2013. 9-4-2013. Acuerda el cambio de denominación del municipio de Otura (Granada), por el de «Villa de Otura».

— Decreto 50/2013. 23-4-2013. Establece el régimen sancionador del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía y se modifica el Decreto 396/2008, de 24-6-2008, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía.

— Decreto 52/2013. 17-5-2013. Determina el Calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2014.

— Orden 1-3-2013. Aprueba las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10-1-2012, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Resolución de 4-4-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto-ley 3/2013, de 19-3-2013, por el que se modifica la Ley 18/2007, de 17-12-2007, de la Radio y Televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA).

— Resolución de 4-4-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Decreto-ley 2/2013, de 12-3-2013, por el que se confirman determinados actos de la Agencia Tributaria de Andalucía.

— Resolución de 25-4-2013. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Decreto-ley 4/2013, de 2-4-2013, por el que se modifica la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

— Resolución de 8-5-2013. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 6/2013, de 9-4-2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

— Resolución de 8-5-2013. Nombra Notarios y Notarias para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Acuerdo de 2-4-2013. Formula el Plan Andaluz de Vivienda y Rehabilitación.

— Corrección de errores. Decreto 6/2012. 17-1-2012. Aprueba el Reglamento contra la contaminación acústica en Andalucía y se modifica el Decreto 357/2010, de 3-8-2010, por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la calidad del cielo nocturno frente a la contaminación lumínica y el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética.

ARAGÓN

— Ley 1/2013. 7-3-2013. Regulación y Coordinación de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de Aragón.

— Ley 2/2013. 4-4-2013. Modificación de la Ley 26/2003, de 30-12-2003, de Medidas Tributarias y Administrativas.

— Decreto Legislativo 1/2013. 2-4-2013. Aprueba el TR de la Ley del Turismo de Aragón.

— Decreto 29/2013. 6-3-2013. Modifica el Decreto 188/2008, de 23-9-2008, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de investigación, sociedad de la información y enseñanza superior, y el Decreto 77/2011, de 22-3-2011, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en el marco de la Estrategia de Innovación en Aragón y se aprueba la convocatoria de varias líneas de subvención.

— Decreto 38/2013. 19-3-2013. Modificación del Decreto 232/2012, de 23-10-2012, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican los órganos de participación de los Espacios Naturales Protegidos declarados en Aragón.

— Decreto 53/2013. 2-4-2013. Regula el Consejo de Salud de Aragón.

— Decreto 54/2013. 2-4-2013. Habilitación normativa para la aprobación de las disposiciones generales necesarias para la ordenación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Orden 13-2-2013. Aprueba los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, a efectos de liquidación de los Impuestos ITP y AJD e IS y D, sobre los hechos imponible devengados o que se devenguen durante el ejercicio 2013.

— Orden 12-3-2013. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Inmuebles en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de resolución de adjudicación de Registros Vacantes.

— Orden 18-3-2013. Regula la tramitación por medios telemáticos de solicitudes, escritos o comunicaciones entre el Gobierno de Aragón y el Justicia de Aragón.

— Orden 27-3-2013. Aprueban los modelos de autoliquidación 040, 043 y 045 de Tasa Fiscal que grava el juego en las modalidades de máquinas recreativas y de bingo y se dictan instrucciones sobre el procedimiento de autoliquidación.

— Orden de 16-5-2013. Aprueba la metodología de obtención de precios medios en el mercado de determinados bienes inmuebles urbanos ubicados en la Comunidad Autónoma de Aragón y el medio de acceso por los ciudadanos a los valores resultantes, a efectos de liquidación y comprobación de valores de los hechos imponible de los Impuestos ITP y AJD e IS y D.

— Instrucción 15-3-2013. Modifica la Instrucción 10-10-2012, por la que se aprueban criterios de gestión sobre medidas en materia de complementos de incapacidad temporal.

— Corrección de errores. Ley 10/2012. 27-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ASTURIAS

— Ley 1/2013. 24-5-2013. Medidas de Reestructuración del Sector Público Autonómico.

— Decreto 12/2013. 6-3-2013. Primera modificación del Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 37/2011, de 11-5-2011.

— Decreto 13/2013. 6-3-2013. Depósito legal en el ámbito del Principado de Asturias.

— Decreto 21/2013. 17-4-2013. Registro del Principado de Asturias de Empresas Alimentarias.

— Resolución de 19-2-2013. Modifica el modelo 046 A1 de autoliquidación de las tasas y otros ingresos de derecho público tributario.

— Resolución de 6-3-2013. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 12-3-2013. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 6-5-2013. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 8-5-2013. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 9-5-2013. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Acuerdo 27-3-2013. Nombra Registradora de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles en el Principado de Asturias.

— Acuerdo 24-4-2013. Nombra Registradora de la Propiedad Mercantil y de Bienes Muebles en el Principado de Asturias.

BALEARES

— Decreto 5/2013. 2-5-2013. Determina la composición del Gobierno y se establece la estructura de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 6/2013. 2-5-2013. Establece las competencias y la estructura orgánica básica de las consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

— Decreto 11/2013. 22-3-2013. Regula los requisitos y el procedimiento para emitir informes relativos a programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros.

— Decreto 16/2013. 26-4-2013. Suspensión temporal del complemento retributivo adicional de estímulo y reconocimiento de la excelencia investigadora

y la transferencia de conocimiento del personal docente e investigador de la Universidad de las Illes Balears.

— Decreto 24/2013. 24-5-2013. Aprobación de los Estatutos del Instituto Balear de la Naturaleza (IBANAT).

CANARIAS

— Ley 1/2013. 25-4-2013. Modificación del TR de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8-5-2000.

— Ley 2/2013. 29-5-2013. Renovación y modernización turística de Canarias.

— Decreto 45/2013. 18-4-2013. Crea la Junta de Expurgo de Documentos Judiciales de Canarias.

— Orden 4-3-2013. Establece las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática ante la Administración Tributaria Canaria de documentos con trascendencia tributaria.

— Orden 22-3-2013. Nombra Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles.

— Orden 16-4-2013. Crea el registro especial de habilitaciones para acreditar la comparecencia e identidad de las personas interesadas en realizar actuaciones administrativas ante la Sede Electrónica del Departamento.

— Orden 19-4-2013. Modifica la Orden 10-6-2004, que aprueba los modelos de aval y de certificados de seguro de caución para garantizar la suspensión del acto administrativo recurrido en reposición o en vía económico-administrativa.

— Orden 23-4-2013. Aprueba el Protocolo de Digitalización de documentos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Resolución de 28-2-2013. Modifica el modelo 415 de declaración anual de operaciones económicas con terceras personas y el diseño físico y lógico al que deberán ajustarse los soportes directamente legibles por ordenador para su presentación en sustitución de las hojas interiores de personas o entidades relacionadas, correspondientes al modelo 415.

— Resolución de 1-3-2013. Adapta el modelo 600 de autoliquidación del ITP y AJD.

— Resolución de 1-3-2013. Adapta el modelo 620 de autoliquidación del ITP y AJD, de compraventa de determinados medios de transporte usados.

— Resolución de 22-3-2013. Aprueba la presentación telemática de los modelos de autoliquidación 410, 420, 421, 422 y 450 del Impuesto General Indirecto Canario y el modelo de autoliquidación 450 del Arbitrio sobre Importaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias.

— Corrección de errores. Ley 10/2012, de 29-12-2012. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2013.

CANTABRIA

— Ley 1/2013. 15-4-2013. Regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la técnica de fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional.

— Ley 2/2013. 17-5-2013. Sustituye los Anexos a la Ley de Cantabria 10/2012, de 26-12-2012, de Medidas Fiscales y Administrativas.

— Decreto 14/2013. 11-4-2013. Crea y regula el Registro de Empresas de Inserción de Cantabria.

— Decreto 16/2013. 18-4-2013. Modifica el Decreto 164/2003, de 18-9-2003, por el que se regula la composición del Consejo de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Decreto 25/2013. 9-5-2013. Modifica parcialmente las estructuras básicas de la Consejería de Presidencia y Justicia y de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo.

— Orden 16/2013. 27-5-2013. Regula el registro de certificaciones de eficiencia energética de los edificios de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Modifica la Resolución de 11-12-2012. Dispone la publicación del calendario de fiestas laborales retribuidas y no recuperables para el año 2013 en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Corrección de errores. Anuncio publicado en el BOC número 45, de 6-3-2013, sobre la Orden OBR/2/2013, de 19-2-2013, por la que se crea el Observatorio de la Vivienda y Suelo de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 1/2013. 21-3-2013. Medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-La Mancha.

— Ley 4/2013. 16-5-2013. Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.

— Decreto 8/2013. 20-2-2013. Medidas para el fomento del acceso a la vivienda protegida.

— Decreto 9/2013. 7-3-2013. Regula la organización y funcionamiento del Consejo Regional de Estadística.

— Decreto 11/2013. 13-3-2013. Atribuye competencias en materia de seguridad de presas, embalses y balsas.

— Decreto 12/2013. 13-3-2013. Regula la Reserva Regional de Derechos de Plantación de Viñedo en Castilla-La Mancha.

— Decreto 13/2013. 21-3-2013. Autoridad del profesorado en Castilla-La Mancha.

— Decreto 23/2013. 26-04-2013. Establecen los horarios de atención al público, servicios de urgencia y vacaciones de las oficinas de farmacia y botiquines en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Decreto 26/2013. 23-5-2013. Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia en Castilla-La Mancha.

— Orden 20-2-2013. Establece los criterios de determinación de cupos de viviendas de promoción pública vacantes destinadas al alquiler, que pertenezcan al parque público de viviendas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, incluidas las empresas pertenecientes al sector público regional.

— Orden 20-2-2013. Regula el procedimiento para la inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda con Protección Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Corrección de errores. Orden 20-2-2013. Regula el procedimiento para la inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda con Protección Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Orden 7-3-2013. Crea el sello electrónico de la Dirección General de Tributos.

— Orden 7-3-2013. Crea el sello electrónico de la Dirección General de la Función Pública y Justicia.

— Orden 27-3-2013. Establece la estructura y el régimen de funcionamiento electrónico del Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha.

— Orden 15-3-2013. Adapta el procedimiento de comunicación electrónica del contenido de los contratos de trabajo y sus copias básicas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Orden 3-5-2013. Establece el sistema de códigos seguros de verificación de documentos en el desarrollo de actuaciones automatizadas del Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha.

— Resolución de 8-4-2013. Modifica el anexo I de la Orden 2-4-2012, de la Consejería de Hacienda, por la que se regula el sistema único de pago electrónico de uso común de los recursos económicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Anexo II de la Orden 3-4-2012, de la Consejería de Hacienda, por la que se establece el procedimiento para la presentación telemática de autoliquidaciones tributarias.

— Acuerdo 28-2-2013. Aprueba el Modelo de la Transparencia y el Buen Gobierno de la Administración Regional.

— Corrección de errores. Ley 9/2012. 29-11-2012. Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 1/2013. 28-2-2013. Modificación de la Ley 10/1998, de 5-12-1998, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León.

— Ley 2/2013. 15-5-2013. Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

— Decreto 9/2013. 28-2-2013. Modifica el Decreto 55/2011, de 15-9-2011, por el que se regula el procedimiento para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción en la Comunidad de Castilla y León.

— Decreto 10/2013. 7-3-2013. Modifica el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León en relación con la Inspección Técnica de Construcciones.

— Decreto 13/2013. 18-4-2013. Modifica el Decreto 127/2003, de 30-10-2003, por el que se regulan los procedimientos de autorizaciones administrativas de instalaciones de energía eléctrica en Castilla y León.

— Decreto 15/2013. 25-4-2013. Crea y regula la Junta Rectora y Asesora del Monumento Natural y del Espacio Cultural de Las Médulas, en la provincia de León.

— Decreto 16/2013. 9-5-2013. Modifica el Decreto 82/2006, de 16-11-2006, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 16/2002, de 19-12-2002, de Comercio de Castilla y León.

— Orden 227/2013. 2-4-2013. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 362/2013. 14-5-2013. Modifica la Orden EYE/23/2012, de 12-1-2012, por la que se regula el procedimiento de inscripción en el Registro de Certificaciones de Eficiencia Energética de Edificios de Castilla y León.

CATALUÑA

— Decreto-ley 2/2013. 19-3-2013. Modificación del régimen de mejoras de la prestación económica de incapacidad temporal del personal al servicio de la Administración de la Generalidad, de su sector público y de las universidades públicas catalanas.

— Resolución de 710/2013. 20-3-2013. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles convocado por la Resolución de 29/2013, de 6-2-2013.

— Resolución de 26-4-2013. Resuelve el concurso para la provisión de Notarías vacantes convocado por la Resolución de 11-3-2013.

— Resolución de 14-05-2013. Convoca el concurso ordinario número 288 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 9.200-2008, planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lleida en relación con el artículo 121.21.d) de la primera Ley del Código Civil de Cataluña, aprobada por la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30-12-2002 (sentencia).

— Corrección de erratas. Decreto-ley 7/2012. 27-12-2012. Medidas urgentes en materia fiscal que afectan al IP.

EXTREMADURA

— Ley 2/2013. 2-4-2013. Modificación de la Ley 13/2010, de 24-11-2010, del Consejo de la Juventud de Extremadura.

— Ley 3/2013. 21-5-2013. Renta básica extremeña de inserción.

— Ley 4/2013. 21-5-2013. Gobierno Abierto de Extremadura.

— Decreto 20/2013. 5-3-2013. Modifica el Decreto 115/2006, de 27-6-2006, por el que se regula el procedimiento de adjudicación de viviendas de promoción pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 29/2013. 12-3-2013. Modifica el Decreto 42/2009, de 6-3-2009, por el que se crea el Comité de Agricultura Ecológica de Extremadura (CAEX), se designa la Autoridad de Control y Certificación para las actividades de producción, elaboración, comercialización e importación de productos ecológicos, se crean los registros y se establecen los instrumentos de fomento, promoción y asesoramiento en materia de producción ecológica en la Comunidad.

— Decreto 30/2013. 12-3-2013. Regula el proceso de participación social para el desarrollo rural en Extremadura, se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas en la ejecución del citado proceso de participación y se establece la convocatoria para el ejercicio 2013.

— Decreto 38/2013. 19-3-2013. Determina la aplicación de las mejoras voluntarias del sistema de prestaciones de la Seguridad Social en materia de incapacidad temporal, contempladas en el Decreto-ley 2/2012, de 8-10-2012, para la implementación en la Comunidad Autónoma de Extremadura de las medidas de reordenación y racionalización de las Administraciones Públicas aprobadas por el Estado.

— Decreto 71/2013. 14-5-2013. Modifica el Decreto 55/2012, de 13-4-2012, por el que se establece un régimen de incentivos industriales a la inversión empresarial en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 14-3-2013. Regula los medios de pago en la gestión recaudatoria de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 8-4-2013. Nombra Registradora de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles para servir en plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Resolución de 19-3-2013. Amplía los horarios de cierre de los establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura en Semana Santa.

— Corrección de errores. Orden 30-1-2013. Publica las tarifas actualizadas de las tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud de lo dispuesto en la Ley 3/2012, de 28-12-2012, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2013.

GALICIA

— Decreto 48/2013. 7-3-2013. Modifica el Decreto 425/1993, de 17-12-1993, por el que se refunde la normativa vigente sobre el permiso de explotación para ejercer la actividad pesquera y marisquera.

— Decreto 74/2013. 18-4-2013. Modifica el Decreto 35/2000, de 28-1-2000, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia, para su adaptación a la Directiva 95/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29-6-1995, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a ascensores.

LA RIOJA

— Ley 5/2013. 12-4-2013. Defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Corrección de errores. Ley 5/2013. 12-4-2013. Defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 10/2013. 15-3-2013. Modifica el Decreto 30/2010, de 14-5-2010, por el que se regula el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 15/2013. 10-5-2013. Modifica el Decreto 14/2011, de 4-3-2011, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31-5-2001, de Turismo de La Rioja.

— Decreto 16/2013. 24-5-2013. Modifica el Decreto 19/2003, de 20-5-2003, por el que se crea y regula el Consejo Riojano de Relaciones Laborales.

— Orden 3/2013. 25-4-2013. Regula el régimen transitorio de aplicación de la Orden 2/2013, de 11-4-2013, de la Consejería de Obras Públicas, Política Local y Territorial, por la que se regula la ayuda del programa de arrendamientos especiales.

— Orden 4/2013. 25-2-2013. Dicta instrucciones para la aplicación de la Ley 6/2012, de 21-12-2012, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2013, en relación con las Retribuciones del Personal al

Servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de sus Organismos Autónomos.

— Corrección de errores. Orden 4/2013. 25-2-2013. Dicta instrucciones para la aplicación de la Ley 6/2012, de 21-12-2012, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2013, en relación con las retribuciones del personal al Servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de sus Organismos Autónomos.

— Corrección de errores. Decreto 31/2011. 29-4-2011. Aprueba la Cartera de servicios y prestaciones del Sistema Público Riojano de Servicios Sociales.

— Corrección de errores. Ley 7/2012. 21-12-2012. Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013.

MADRID

— Orden de 20-5-2013. Dicta las normas de elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2014.

— Resolución de 14-5-2013. Hace público el Acuerdo del Consejo de 14-5-2013, por el que se aprueba la instrucción sobre la remisión a la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid de la documentación relativa a la contratación de las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 3/2013. 3-5-2013. Modificación de la Ley 6/1999, de 4-11-1999, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia.

— Decreto 23/2013. 15-3-2013. Racionalización del sector público de la Región de Murcia.

— Orden de 24-5-2013. Deja sin efecto la delegación de funciones a las Oficinas de Distrito Hipotecario a cargo de los Registradores de la Propiedad en el ámbito de los Impuestos ITP y AJD e IS y D.

— Corrección de errores. Ley 14/2012. 27-12-2012. Medidas Tributarias, Administrativas y de Reordenación del Sector Público Regional.

NAVARRA

— Ley Foral 17/2001, de 12-7-2001, reguladora del comercio en Navarra.

— Ley Foral 3/2013. 25-2-2013. Modifica Ley Foral 6/2006, de 9-6-2006, de Contratos Públicos.

— Corrección de errores. Ley Foral 3/2013. 25-2-2013. Modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9-6-2006, de Contratos Públicos.

— Ley Foral 4/2013. 25-2-2013. Modifica el Título VI de la Ley Foral 6/1990, de 2-7-1990, de la Administración Local.

— Ley Foral 5/2013. 25-2-2013. Declara de utilidad pública y se aprueba la desafectación de 84.698 m² de terreno comunal, correspondientes a la parte de la parcela 840 del polígono 6 del Ayuntamiento de Andosilla.

— Ley Foral 6/2013. 25-2-2013. Declaración de inembargabilidad de las prestaciones sociales garantizadas y las becas de ayudas al estudio.

— Ley Foral 7/2013. 25-2-2013. Utilización de residuos alimenticios.

— Ley Foral 8/2013. 25-2-2013. Reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra.

— Ley Foral 9/2013. 12-3-2013. Cuentas Generales de Navarra de 2011.

— Ley Foral 10/2013. 12-3-2013. Modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10-3-1995, de Haciendas Locales de Navarra.

— Ley Foral 11/2013. 12-3-2013. Modificación de la Ley Foral 6/1990, de 2-7-1990, de la Administración Local de Navarra, para establecer la delegación de voto de los concejales en los ayuntamientos.

— Ley Foral 12/2013. 12-3-2013. Apoyo a los emprendedores y al trabajo autónomo en Navarra.

— Ley Foral 13/2013. 20-3-2013. Modificación de la Ley Foral 15/2005, de 5-12-2005, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia.

— Ley Foral 14/2013. 17-4-2013. Medidas contra el fraude fiscal.

— Ley Foral 15/2013. 17-4-2013. Modificación de determinados artículos de la Ley Foral 17/2001, de 12-7-2001, reguladora del comercio en Navarra.

— Ley Foral 16/2013. 17-4-2013. Modificación del artículo 130 de la Ley Foral 13/2007, de 4-4-2007, de la Hacienda Pública de Navarra.

— Ley Foral 17/2013. 15-5-2013. Determina los módulos aplicables a las actuaciones protegibles en materia de vivienda en Navarra para los años 2013 y 2014.

— Decreto Foral 18/2013. 13-3-2013. Modifica la estructura orgánica del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra, aprobada por Decreto Foral 119/2007, de 3-9-2007.

— Decreto Foral 19/2013. 20-3-2013. Modifica los Estatutos del Servicio Navarro de Empleo, aprobados por el Decreto Foral 15/2012, de 14-3-2012.

— Decreto Foral 22/2013. 20-3-2013. Nombra Registrador de la Propiedad de Aoiz, número 2, a don José María Lora Rodríguez.

— Decreto Foral 23/2013. 10-4-2013. Aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

— Orden Foral 25/2013. 27-2-2013. Modifica la Orden Foral 89/2010, de 1-6-2010, que regula los cambios de modelo lingüístico de enseñanza.

— Orden Foral 36/2013. 6-2-2013. Establece la nueva estructura orgánica del Servicio de Gestión del IRPF e IP a nivel de Negociados y Unidades Administrativas de rango inferior a Sección y se modifica la del Servicio de Asistencia e Información al Contribuyente y la del Servicio de Tributos Directos, Sanciones y Requerimientos.

— Orden Foral 80/2013. 1-3-2013. Desarrolla la obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero regulada en la Disposición Adicional 18.^a de la Ley Foral 13/2000, de 14-12-2000, General Tributaria, y se aprueba el modelo 720, «Declaración informativa de bienes y derechos situados en el extranjero».

— Orden Foral 88/2013. 5-3-2013. Aprueba un nuevo modelo 216 para la declaración e ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de no Residentes en relación con las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

— Corrección de errores. Orden Foral 88/2013. 5-3-2013. Aprueba un nuevo modelo 216 para la declaración e ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de no Residentes en relación con las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, publicada en el BON número 53, de 18-3-2013.

— Orden Foral 103/2013. 21-3-2013. Dicta las normas para la presentación de las declaraciones del IRPF y del IP correspondientes al año 2012, se aprueban los modelos de declaración y se determinan las condiciones y procedimiento para su presentación por medios telemáticos.

— Orden Foral 105/2013. 25-3-2013. Aprueba el modelo 230, «IRPF e Impuesto sobre la Renta de no Residentes: Retenciones e ingresos a cuenta del gravamen especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas; IS: retenciones e ingresos a cuenta sobre los premios de determinadas loterías y apuestas. Autoliquidación y el modelo 136, «IRPF e Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Gravamen especial sobre los premios de determinadas loterías y apuestas. Autoliquidación».

— Orden Foral 133/2013. 15-4-2013. Modifica el Anexo de la Orden Foral 20/2010, de 22-2-2010, por la que se aprueban las Normas Técnicas Generales de Valoración de los Bienes Inmuebles objeto de inscripción en el Registro de la Riqueza Territorial de Navarra.

— Orden Foral 134/2013. 17-4-2013. Aprueba el modelo S-90 de autoliquidación del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2012 y el 31-12-2012, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 135/2013. 17-4-2013. Aprueba el modelo 220 de autoliquidación del IS para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-

2012 y el 31-12-2012, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 152/2013. 30-4-2013. Crea el Registro Industrial de Navarra.

— Orden Foral 193/2013. 22-2-2013. Modifica la Orden Foral 58/2012, de 9-2-2013, de la Consejera de Política Social, Igualdad, Deporte y Juventud, por la que se regulan los supuestos excepcionales y de renovación extraordinaria de la renta de inclusión social.

— Resolución de 6/2013. 25-2-2013. Aprueba los valores de los bienes inmuebles, inscritos en el Registro de la Riqueza Territorial con posterioridad al día 30-11-2012 y correspondientes al mismo año, que obren en el referido registro administrativo a 25-2-2013.

— Corrección de errores. Orden Foral 41/2013. 7-2-2013. Desarrolla para el año 2013 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

PAÍS VASCO

— Decreto 183/2013. 19-3-2013. Desarrolla el programa de apoyo financiero a pequeñas y medianas empresas, personas empresarias individuales y profesionales autónomas para el año 2013.

— Orden 15-3-2013. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, para la adjudicación de los Registros de la Propiedad vacantes en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Orden 20-3-2013. Convocatoria y adaptación para la campaña 2013 de las ayudas reguladas en el Decreto 13/2009, de 20-1-2009, de desarrollo y aplicación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de los regímenes de ayudas comunitarias «de pago único» y otros regímenes de ayudas directas a la agricultura y ganadería.

— Orden 8-4-2013. Procede al nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en Resolución de Concurso de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 1/2013. 21-5-2013. Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat.

— Decreto-ley 1/2013. 1-3-2013. Modifica la Ley 14/2003, de 10-4-2003, de Patrimonio de la Generalitat.

— Decreto-ley 2/2013. 1-3-2013. Actuaciones Urgentes de Gestión y Eficiencia en Prestación Farmacéutica y Ortoprotésica.

— Decreto 41/2013. 22-3-2013. Establecen las normas sobre la pesca marítima de recreo de la Comunitat Valenciana.

— Decreto 42/2013. 22-3-2013. Modificación del Decreto 33/2007, de 30-3-2007, por el que se regula el acceso a los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas de régimen general.

— Decreto 45/2013. 28-3-2013. Modifica los Estatutos de la Universitat de Valencia-Estudi General, aprobados por el Decreto 128/2004, de 30-7-2004, del Consell.

— Decreto 57/2013. 3-5-2013. Expedición electrónica por la Generalitat de los certificados de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF.

— Orden 3/2013. 25-2-2013. Publica la relación de residuos susceptibles de valorización a los efectos del impuesto sobre eliminación de residuos en vertederos.

— Orden 5/2013. 25-4-2013. Establece medidas en relación con el sistema retributivo a percibir en el periodo 1-5-2013 a 30-4-2017, por las OO.LL. de distrito hipotecario por la gestión y liquidación de los impuestos ITP y AJD e IS y D.

— Reforma de los artículos 45 y 50 del Reglamento de Les Corts.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 14 de marzo de 2013, tuvo lugar la 4.^a SESIÓN DEL *SEMINARIO DE RÉGIMEN LOCAL*, organizado por la Fundación Ramón Sainz de Varanda, con arreglo al siguiente programa:

- «Información sobre Contratos y Servicios, Derecho Europeo, Aspectos Financieros y Tributarios», por don Jesús COLÁS TENAS, Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza; don Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS, Letrado de la Diputación Provincial de Zaragoza; don Sergio SALINAS ALCEGA, Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza; doña M.^a del Carmen TIRADO ROBLES, Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Zaragoza; don Ismael JIMÉNEZ COMPAIRED, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza, y don Joaquín ÁLVAREZ MARTÍ-

NEZ, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

- «Canon de saneamiento y problemática municipal», por don Ismael JIMÉNEZ COMPAIRED, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.
- «Algunas repercusiones de la evaluación ambiental estratégica sobre el régimen del planeamiento urbanístico y la autonomía local», por don Ángel Manuel MORENO MOLINA, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

* * *

El día 14 de marzo de 2013, tuvo lugar el FORO JURÍDICO: *CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO BANCARIO*, organizado por el instituto de Gestión Gordios y Patrocinado por Asubanc Empresas, con el siguiente programa:

Inauguración:

- Don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- Don Hermenegildo GARCÍA GARCÍA, director de relaciones institucionales de Asubanc.

Director Académico: Don Heriberto ASECIO CANTISÁN, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Mesa Redonda: *Criterios interpretativos en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Especial examen de las cláusulas suelo y techo en el ámbito bancario*:

- Don Ángel DOLADO PÉREZ, Juez Decano de Zaragoza.
- Don Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ, Teniente Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- Don Alberto CARDONA GARCÍA, Letrado y Delegado de Asubanc en Zaragoza.

Conferencias:

- «Condiciones generales y tutela de la parte débil en la contratación mercantil», por don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Vicepresidente Emérito del Tribunal Constitucional.

- «Jurisprudencia de la Sala Primera sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», a cargo de un Magistrado del Tribunal Supremo.

Clausura:

- Don Julio ARENERE BAYO, Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza.
- Don Luis PINEDA SALIDO, presidente de Ausbanc.

* * *

El día 9 de abril de 2013, organizada por la Dirección General de Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón, se celebró la JORNADA: *DERECHO FORAL ARAGONÉS, APLICACIÓN Y ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTROS DERECHOS CIVILES*, con el siguiente programa:

- «Derecho Foral aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma», por M.^a del Carmen BAYOD LÓPEZ. Acreditada como Catedrática de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- «Reflexiones y análisis comparativo del Derecho Foral aragonés y del Derecho Foral catalán», por José Manuel MARTÍNEZ SÁNCHEZ. Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón.
- «Reflexiones y análisis comparativo del Derecho aragonés en relación con el Código Civil y otros Derechos Forales», por Javier SANCHO-ARROYO LÓPEZ-RIOBOÓ, abogado del Ilustre Colegio de Zaragoza.
- «La guarda y custodia tras la ruptura de la convivencia de los padres en Derecho Foral aragonés», por Emilio MOLINS GARCÍA ATANCE, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

* * *

El día 13 de abril de 2013, tuvo lugar en Zaragoza el IX SEMINARIO DE *EXPERTO DOCUMENTAL EN NOTARÍAS Y REGISTROS*, organizado por el Centro de Formación de Empleados de Notaría y la Federación de Asociaciones de Empleados de Notaría.

Presidido por el Decano del Colegio Notarial de Aragón, don Francisco PIZARRO. Ponentes: Doña Inmaculada ESPÍNEIRA, Notario de Santiago de Compostela; don José Antonio SERRANO GARCÍA, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza; don José Manuel MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Notario de Zaragoza; doña Maurizia BERTONCINO, Abogada italiana y Presidenta de la CPNUE; y don Luis JORQUERA GARCÍA, Notario de Madrid.

Además, contaron con la presencia del nuevo Presidente del Consejo General del Notariado, don José Manuel GARCÍA COLLANTES, quien clausuró el acto.

* * *

Los días 18 y 19 de abril de 2013 tuvieron lugar las XII JORNADAS JURÍDICAS DEL BIDASOA.

El acto de inauguración contó con la presencia del Fiscal General del Estado, don Eduardo TORRES-DULCE; el Vocal del CGPJ, don Félix AZÓN y la Directora General de Justicia, doña TOMASA HERNÁNDEZ.

Ponencias:

- «La custodia compartida», moderada por el Fiscal Superior del País Vasco, don Juan Ramón CALPARSORO y protagonizada por el Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJA, don Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA y el Presidente de la Sala de la Cour d'appel de Bordeaux, don Frank LAFOSSAS.
- «Familia y persona en la Unión Europea», analizaron el tema el Magistrado y Vocal de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, don Javier FORCADA, y la Presidenta del Tribunal de Grand Instance de Périgueux, doña Corinne PANNETA, moderados por el Premier Président de la Cour d'appel del Pau, Hervé GRANGE.
- «Regulación de las consecuencias económicas en las situaciones de ruptura», por el Magistrado de la Sección II de la Audiencia Provincial de Navarra, don Francisco GOYENA, y el Presidente de la Sala de la Cour d'appel de Bourdeaux, don Frank LAFOSSAS.
- «Muerte digna (aspectos jurídicos)», por el Fiscal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, don Fidel CADENA, y el Presidente de la Sala de la Cour d'appell de Bopurdeaux, don Jean-François BOUGON.

La última conferencia abordó los aspectos médicos de esta misma cuestión, con el médico forense don José Manuel ARREDONDO, presentado por el Presidente del Tribunal Superior de La Rioja, don Ignacio ESPINOSA.

* * *

El día 8 de mayo de 2013, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, tuvo lugar el DIÁLOGO titulado: *DEMOCRACIA, PARTIDOS Y CIUDADANÍA EN LA SOCIE-*

DAD CONTEMPORÁNEA. En el mismo, don José María MARAVALL, autor del libro «Las promesas políticas» y Catedrático de Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, *dialogó con* don Ludolfo PARAMIO, Investigador del Instituto de Políticas y Bienes Públicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Con la moderación de don Bernardo BAYONA, ex Vicepresidente Primero del Senado.

* * *

Los días 16 y 17 de mayo de 2013, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvieron lugar las JORNADAS: *HISTORIA, ECONOMÍA, DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL EUROPEA EN LA ERA POST-LISBOA: UN ANÁLISIS DEL PAPEL DE LA POLÍTICA EXTERIOR ESPAÑOLA*, con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo de doña Yolanda GABARRA, Profesora Titular de la Universidad de Zaragoza, y don Ignacio DE LA RASILLA, Lecturer, Brunel University (UK).

Ponencias:

- «Cincuenta años en la política jurídica española», por don José Antonio PASTOR RIDRUEJO, ex jefe de la Asesoría Jurídica Internacional (MAEC); Profesor Emérito de la Universidad Complutense de Madrid, ex juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Presentado por doña Yolanda GAMARRA CHOPO.
- «La política exterior de la Unión Europea en la globalización», por don Diego LÓPEZ GARRIDO, Diputado del Partido Socialista Obrero Español, Portavoz de la Comisión de Asuntos Exteriores, Congreso de los Diputados. Presentado por doña Eva SÁENZ ROYO, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.
- «La acción exterior de los entes subestatales en sistemas descentralizados: La situación post-Lisboa», por don Mario KÖLLING, Investigador, Fundación Manuel Giménez Abad y Centro de Estudios Constitucionales. Presentado por don José TUDELA ARANDA, Secretario General de la Fundación.
- «El papel de la democracia en la política exterior europea», por don Antonio BLANC ALTEMIR, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Lérida. Presentado por don José Antonio PASTOR RIDRUEJO.
- «Economía, ética y gobernanza mundial», por don Antonio ARGANDOÑA RÁMIZ, Profesor de Economía en IESE Business School. Presentado por

don Jaime SANÁU VILLARROYA, Profesor de Economía Aplicada en la Universidad de Zaragoza.

- «Ideas para una renovada política exterior española», por don José Antonio de YTURRIAGA BARBERÁN, Embajador de España, ex jefe de la Asesoría Jurídica Internacional. Presentado por don Javier GONZÁLEZ VEGA.
- «¿Cómo afecta el debate parlamentario al diseño de la política exterior española? Una experiencia práctica», por don Daniel SERRANO CORONADO, Diputado del Partido Popular, Portavoz adjunto de la Comisión de Asuntos Exteriores. Presentado por doña Pilar CORTÉS BURETA, Diputada del PP en el Congreso, Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Zaragoza.
- «El papel del Parlamento Europeo en el diseño de la Gobernanza Global Europea», por doña Inés AYALA SENDER, Diputada en el Parlamento Europeo. Presentada por don Carlos FORCADELL ÁLVAREZ, Director de la Institución Fernando El Católico.

* * *

Los días 28 y 29 de mayo de 2013, la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, organizó las JORNADAS TITULADAS: *LA NECESARIA REIVINDICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES*, con el siguiente programa:

Inauguración

- Don José Ángel BIEL RIVERA, Presidente de las Cortes de Aragón, y don Thomas BERND STEHLING, Representante de la Fundación Konrad Adenauer en España y Portugal.
- «Son las Instituciones», por don Emilio ONTIVEROS, Catedrático de Economía de la Empresa, Universidad Autónoma de Madrid.
- «Una visión económica», por don Antón COSTAS, Catedrático de Política Económica, Universidad de Barcelona.

Diálogo con los ponentes

- «Causas y remedios de la desafección ciudadana», por don Benigno PENDAS, Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- «Reivindicación de valores cívicos», por doña Victoria CAMPS, Catedrática de Ética, Universidad Autónoma de Barcelona.
- «La calidad democrática», por don Fernando VALLESPÍN, Catedrático de Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid.

Diálogo con los ponentes

- «Política y liderazgo», por don José Pablo FERRÁNDIZ, Vicepresidente de Metroscopia.
- «Partidos Políticos», por don Javier PÉREZ ROYO, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla.
- «Una mirada desde Europa», por don Walther BERNECKER, Catedrático de Estudios Internacionales, Universidad Erlangen-Nürnberg.
- «El Parlamento», por don Francisco RUBIO LLORENTE, ex Presidente del Consejo de Estado.
- «El Poder Judicial», por don Juan Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- «Estado de derecho y administraciones», por don Juan José LAVILLA RUBILLA, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid, Letrado de las Cortes Generales.

Diálogo con los ponentes

Mesa redonda: El papel de los medios de comunicación:

- Doña Milagros PÉREZ OLIVA, Redactora Jefe Sección Opinión (Barcelona) *El País*.
- Doña Lucía MÉNDEZ, Redactora del Diario *El Mundo*.
- Don Hans-Günter KELLNER, Corresponsal del *Deutschlandfunk*. Presidente del Círculo de Corresponsales Extranjeros en España.
- Don Giles TREMLETT, Corresponsal de *The Guardian*. Autor de «The ghosts of Spain».

Diálogo con los intervinientes

Mesa redonda: La opinión de la sociedad civil:

- Don Francisco JURADO GILABERT, Investigador en filosofía política y del derecho en la Universidad Pablo de Olavide. Activista en Democracia 4.0.
- Don Sebastián MORA, Secretario General de Cáritas.
- Don Luis ORO, Catedrático de Química Inorgánica, Universidad de Zaragoza. Representante del Círculo Cívico de Opinión.

Diálogo con los intervinientes

- «¡Ay, los incorruptibles!», por don Javier GOMÁ, Director de la Fundación Juan March. Premio Nacional de Ensayo.

* * *

El día 18 de junio, la Dirección General de Participación Ciudadana, Acción Exterior y Cooperación del Gobierno de Aragón y la Fundación Manuel Giménez Abad han coorganizado la II JORNADA SOBRE CALIDAD DEMOCRÁTICA, TITULADA: *UNA APROXIMACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA AL GOBIERNO ABIERTO*», con el siguiente programa:

Inauguración.

Sesión I. Transparencia y participación ciudadana:

- «Derechos y buen Gobierno», por don Guillermo ESCOBAR ROCA, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Alcalá de Henares.
- «La promoción de la participación ciudadana en el Estado autonómico», por don Josep M.^a CASTELLA ANDREU, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona. Catedrático acreditado.

Sesión II. Mesa Redonda: Actualidad y novedades legislativas:

- «La Ley de Gobierno Abierto de Extremadura», por doña M.^a José RUBIO CORTÉS, Secretaria General de la Consejería de Administración Pública del Gobierno de Extremadura.
- «El anteproyecto de Ley de participación ciudadana de Andalucía», por don Antonio CASTRO PÉREZ, Asesor de la Dirección General de Derechos de la Ciudadanía, Participación y Voluntariado de la Junta de Andalucía.
- «El anteproyecto de Ley de Transparencia de Andalucía», por don Antonio LOZANO PEÑA, Viceconsejero de la Presidencia e Igualdad de la Junta de Andalucía.
- «El anteproyecto de Ley de Transparencia y Gobierno Abierto de Castilla y León», por doña Marta LÓPEZ DE LA CUESTA, Directora General de Análisis y Planificación de la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León.

Sesión III. Reflexiones sobre el Gobierno Abierto:

- «¿Qué es el Gobierno abierto? La filosofía de un concepto en construcción», por don Manuel VILLORIA MENDIETA, Catedrático de Ciencia Política y de la Administración, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- «Estrategias e implementación del Gobierno abierto», por don Rafael RUBIO NÚÑEZ, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

- «Gobierno Abierto: ¿Más transparencia y más democracia?», por don César CALDERÓN, Director ejecutivo de Pensamiento Público CIPP.

MADRID

El día 16 de mayo de 2013, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO SOBRE *PROPIEDAD*:

- Ponente: Paolo GROSSI, Emérito de Florencia y Magistrado de la Corte Costituzionale italiana; «Los bienes: Itinerarios entre *modernidad* y *posmodernidad*».
- Contraponente: Ángel LÓPEZ LÓPEZ, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla: «Riflessioni sull'impresa. Una página tal vez demasiado olvidada de Rosario Nicolò».

VALENCIA

Una CONFERENCIA sobre *CLÁUSULAS ABUSIVAS* clausura el curso 2012-2013 de la Cátedra Bienvenido Oliver.

El día 24 de junio de 2013 tuvo lugar el acto académico de clausura del curso 2012-2013 de la Cátedra Bienvenido Oliver, puesta en marcha por los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en 1998 para contribuir a la formación de los estudiantes de Derecho en las áreas de Civil y Mercantil.

El acto tuvo lugar a las 19:30 horas en el Hotel Westin de Valencia (Amadeo de Saboya, 16) y estuvo presidido por el rector de la Universidad de Valencia, Esteban MORCILLO, y la decana autonómica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en la Comunidad Valenciana, M.^a Emilia ADÁN.

Al acto asistieron las principales autoridades valencianas del mundo jurídico. Antonio PAU PEDRÓN, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Registrador de la Propiedad de Madrid, impartió la lección de clausura, que versó sobre «Las cláusulas abusivas en la nueva Ley 1/2013, de 14 de mayo».

Bienvenido Oliver

Auspiciada por el decanato autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunidad Valenciana, la Cátedra Bienvenido Oliver está

presente hoy en cinco universidades autonómicas; Universitat de Valencia, UJI, Universidad de Alicante, Cardenal Herrera-CEU y Universidad Católica-San Vicente Mártir.

Como parte de su actividad docente, la Cátedra organiza periódicamente cursos, conferencias y jornadas, colabora con la universidad en créditos de libre configuración, imparte el *Practicum* para los alumnos de la Facultad de Derecho y ofrece becas para los alumnos que quieran participar de sus cursos.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

BOSCH CAPDEVILA, Esteve; DE POZO CARRASCOSA, Pedro, y VAQUER ALCOY, Antoni: *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 4.^a ed., Marcial Pons, 2012, 671 págs.

por

JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE

Registrador de la propiedad de Sitges

Como sus autores señalan en los prólogos a la 1.^a y 4.^a ediciones, se trata de un libro para universitarios que va algo más allá del simple manual. Su vocación es, a la vez que docente, práctica, buscando la utilidad del profesional del Derecho.

Se trata de exponer, y se consigue, el Derecho de bienes vigente en Cataluña, que se regula fundamentalmente en el Libro V del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, en el que se reunió, terminando con la anterior dispersión legislativa (Leyes de censos, Compilación, Leyes de superficie, servidumbre y adquisición voluntaria o preferente de 2001, etc.), la totalidad del régimen de los Derechos Reales.

Lógicamente existe una preferente dedicación al Derecho catalán, como ya se adelanta en el título de la obra. Pero los autores no olvidan recoger y estudiar la totalidad del Derecho vigente en Cataluña, ya sea por aplicación directa: registros de la propiedad inmobiliaria y mobiliaria, propiedad intelectual, marcas y patentes, o por tratarse de derecho supletorio del catalán, como ocurre con la hipoteca.

La obra es omnicomprensiva en materia de Derechos Reales. No se trata ya de las «especialidades existentes en los Derechos Forales», sino de un cumplido estudio de todos los derechos reales existentes en Cataluña, lo que prueba la vigencia y vitalidad de su derecho que es, en el fondo, la principal manifestación de la libertad civil y la autonomía catalana expresada a través de su Parlamento, lo que se olvida con frecuencia.

El libro es imprescindible para los juristas que ejercemos en Cataluña o que aplican Derecho catalán, pero es de utilidad para comprender tanto directamente, como vía «comparativa» o en competencia, el funcionamiento de los Derechos Reales en los demás sistemas, singularmente el del Código Civil. No se olvide que uno y otro tienen profundas raíces romanas.

Toda la obra está hecha con esmero y dedicación, pero para el registrador tiene especial interés el estudio actualizado de los registros de bienes, singularmente el Registro de la Propiedad que estudia el profesor DEL POZO, autor con JAVIER GÓMEZ GÁLIGO de unas «lecciones de Derecho Hipotecario», así como el amplio examen de la posesión que realiza el mismo profesor. Sin desmerecer al resto de los capítulos tienen gran brillantez y utilidad para los profesionales del registro los dedicados a la propiedad horizontal y a los derechos de adquisición preferente por el profesor BOSCH.

La obra, lógicamente, recoge las últimas novedades en materia de reales: aprovechamiento por turno de uso turístico (Ley 4/2012, de 6 de julio, y Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) o las medidas de apoyo a los deudores hipotecarios en dificultades (RDL 8/2011, de 1 de julio, y RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos).

En resumen, una de esas obras a las que los dedicados al Derecho Civil recibimos con aplauso y, al menos para los catalanes, de imprescindible lectura o, cuando menos, consulta.

LEGERÉN MOLINA, Antonio: *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, 255 págs.

por

M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO
Profesora Titular de Derecho Civil

La obra *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, de Antonio LEGERÉN MOLINA, ha sido ganadora del X Premio Aequitas de «Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integración Social o Promoción de las Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes, Infancia, Refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección», otorgado por la *Fundación Aequitas* del Consejo General del Notariado de España. Ello permite intuir lo que tras la lectura del libro se confirma: que estamos ante una excelente obra que aborda una institución de gran complejidad e innegable actualidad.

La sociedad actual se halla inmersa en un proceso de reflexión acerca de la situación y necesidades de las personas con discapacidad, que lleva a replantearse la conveniencia de redefinir el modelo tuitivo de estas personas, ya sea —como propugnan unos— mediante una ruptura con modelos tradicionales, o bien —como pretenden otros— mediante la oportuna adaptación de la actual regulación. En dicho proceso resulta decisiva la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que apuesta por la promoción y autonomía y que, al menos en nuestro país, ha abierto un profundo debate entre los juristas. La nueva orientación del modelo de protección ha de adecuarse, además, a las circunstancias socioeconómicas y axiológicas dominantes en la actualidad, que van desde los imperativos de la sociedad de consumo y de las comunicaciones, las grandes exigencias laborales y la expansión del Estado de bienestar, a las transformaciones que está sufriendo la familia tanto en su estructura como en su concepto, pasando por la inversión de los valores. Estos cambios dificultan que la atención a los colectivos más vulnerables se lleve a cabo desde el propio ámbito familiar y han dado lugar a que los entes públicos hayan ido adquiriendo un protagonismo cada vez mayor en esa tarea. Prueba de ello es la introducción de la tutela del incapaz a cargo de la entidad pública que regula el artículo 239.3 del Código Civil. Reza el citado precepto que «la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en

el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo». Al estudio de esta tutela está dedicado el trabajo del profesor LEGERÉN, que aborda la complicada tarea de interpretar un precepto de difícil comprensión por su mala técnica y de aportar luz a esta institución tutelar. Y lo hace, en contraste con el carácter caótico del propio precepto, de forma clara y sistemática, llevando al lector de la mano a lo largo de la obra desde lo general a lo concreto.

Así, a los efectos de ofrecer una visión panorámica y completa del marco en el que se encuadra la figura objeto de estudio, el autor dedica la primera parte de la obra a «La protección jurídica ante la falta de capacidad». En ella, tras recordar brevemente algunas nociones sobre capacidad y la posibilidad de que la capacidad de obrar sea modificada judicialmente, presenta las diversas instituciones que contempla el ordenamiento para completar esa capacidad modificada, efectuando un recorrido por las distintas reformas legislativas que han contribuido a la actual regulación hasta llegar a la Ley 41/2003. Ley que introdujo el citado artículo 239.3 del Código Civil, que regula la tutela del incapaz por la entidad pública como mecanismo de protección. Dada la incorrección sintáctica de este precepto, que dificulta su comprensión, y los problemas sustantivos que el mismo plantea, el profesor LEGERÉN opta por buscar elementos que faciliten su interpretación buceando en la génesis del precepto y en la justificación que se adujo para su introducción, así como en la finalidad y espíritu de la Ley 41/2003.

Tras ello, procede a identificar dos cuestiones previas controvertidas que, aunque no son las únicas que se plantean, están interrelacionadas y resultan esenciales para la configuración jurídica de esta tutela: si se trata de una tutela de carácter administrativo o de una modalidad de la tutela ordinaria; y si ha de exigirse modificación judicial de la capacidad de obrar en todo caso o, por el contrario, los incapaces naturales también son destinatarios de la norma. En relación con la primera cuestión, entiende el autor que el término «tutela» se utiliza en el artículo 239.3 del Código Civil en un sentido amplio como *función transitoria de protección*. De manera que la entidad pública lo que asumiría sería un deber de cobertura o protección y las medidas a adoptar para hacer realidad esa asistencia serían diversas en cada situación. En cuanto a la segunda cuestión, la determinación de los «incapaces» destinatarios de esa tutela, se desarrolla en la segunda parte del libro.

La aludida segunda parte lleva por título «Los sujetos activo y pasivo de la tutela ejercida por la entidad pública», y tiene como finalidad delimitar los sujetos a quienes resulta aplicable el mecanismo de protección que se recoge en el artículo 239.3 del Código Civil.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, el artículo 239.3 del Código Civil utiliza el término «incapaces». Esta falta de precisión resulta desorientadora y hace surgir la duda acerca de si el precepto es aplicable sólo a las personas sobre las que ha recaído sentencia que modifica su capacidad de obrar o también a los incapaces de hecho. El profesor LEGERÉN considera que la solución es distinta para cada uno de los dos supuestos de hecho que comprende la norma. Así, entiende que la única interpretación lógica que admite el término «incapaz» en el caso del primer supuesto de hecho contemplado —«cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor»—, es la de persona con capacidad de obrar modificada judicialmente. Sin embargo, en el segundo supuesto de hecho —«cuando éste se encuentre en situación de desamparo»—, a pesar de los posibles argumentos en contra y de que no parece ser ésa la intención originaria del legislador, el autor se inclina por considerar que el término «incapaz» se refiere tanto a personas con capacidad de obrar modificada como

a personas incapaces de hecho, dado que —alega— de este modo el precepto tiene mayor alcance y utilidad.

El sujeto activo de la tutela en estudio viene conformado por la «entidad pública». En primer lugar, el autor procede a determinar qué entidad pública concreta asume la tutela, utilizando para ello el único elemento que proporciona el precepto: el criterio de atribución de competencia. El artículo 239.3 del Código Civil alude, en concreto, a la «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces». Observa el profesor LEGERÉN que las entidades que asumen la protección de los incapaces, a partir de los preceptos constitucionales, son las Comunidades Autónomas; y que la concreción del órgano que se encargue de tal función de cobertura es una cuestión ya de organización administrativa interna. Determinada la entidad pública, el autor procede, en segundo lugar, a analizar los requerimientos necesarios para llevar a cabo la función asignada, es decir, la «habilidad» de la entidad pública en cuestión para asumir la tutela del artículo 239.3 del Código Civil. Considera que si la «tutela» a asumir es un mecanismo de cobertura o protección, la misma atribución competencial que sirve para su delimitación resulta suficiente y determina la habilidad para asumirla. Ahora bien, añade que ha de tenerse en cuenta que la función transitoria de protección converge —al menos en el primer supuesto de hecho del precepto— en la constitución de una tutela civil ordinaria en la que se puede designar como tutor a una persona jurídico-pública. De manera que en tal caso la entidad pública deberá cumplir los requisitos que el artículo 242 del Código Civil exige para que sobre una persona jurídica recaiga el cargo de tutor ordinario y que son analizados en el libro. Concluye con una mención especial a las fundaciones tutelares, dado que los organismos públicos han creado numerosas entidades —normalmente con forma jurídica fundacional— dedicadas a la asunción de tutelas cuando no existe tutor y cuando hay una situación de desamparo.

La tercera parte del libro aborda el estudio de los dos supuestos de hecho que determinan la asunción de la tutela por la entidad pública y que están previstos en el artículo 239.3 del Código Civil: «cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 del Código Civil sea nombrado tutor» y cuando el incapaz «se encuentre en situación de desamparo».

Interpreta el autor que cuando se da el primer supuesto de hecho, es decir, cuando ninguna de las personas mencionadas en el artículo 234 del Código Civil es nombrada tutor, la entidad pública no asume una tutela ordinaria, sino una función transitoria de protección del incapaz que culmina, eso sí, con la constitución de una tutela civil ordinaria, que pone fin a esa función transitoria. Comienza examinando el supuesto de hecho: para ello analiza el orden de prelación contenido en el artículo 234 del Código Civil, la aplicación subsidiaria del artículo 235 del Código Civil y el modo de integrar este artículo con el 239.3 del Código Civil, en tanto que entre ellos existe cierta descoordinación. Sentado el presupuesto que activa la intervención administrativa, procede a estudiar de modo separado las «dos tutelas» apuntadas. Así, primero se detiene en la mencionada función transitoria de protección, delimitando su contenido ampliamente como un deber de protección, y destacando como características: el hecho de que sea ejercida por una «entidad pública», la subsidiariedad, la asunción «por ministerio de la ley», la transitoriedad y su naturaleza administrativa. Y después aborda la tutela ordinaria —en la que necesariamente converge la función transitoria de protección— constituida por el juez a favor de una persona jurídico-privada o jurídico-pública (que puede ser o no la misma entidad pública que ejerció la función transitoria de protección), centrándose en tres cuestiones: la posibilidad de que la entidad pública pueda o

no alegar causa de excusa, su contenido y las características que la modalizan, entre las cuales cabe destacar la subsidiariedad, la permanencia, la constitución judicial y la naturaleza civil.

El segundo supuesto de hecho que da paso a la cobertura o asistencia de la Administración es el desamparo. El profesor LEGERÉN analiza con detenimiento tal supuesto, adentrándose en el estudio: (i) del concepto y los tipos de desamparo; (ii) de los elementos que lo componen: la situación de desprotección y el incumplimiento de deberes, destacando la dificultad de identificar los sujetos obligados y los deberes a cumplir en el caso de los incapaces de hecho; (iii) y de la declaración del desamparo. A continuación se centra en la tutela que desencadena el desamparo, considerándola no como una tutela ordinaria —como ya he adelantado—, sino como una medida de cobertura o función transitoria de protección, en cuanto que este modo de interpretación es el único que permite la aplicación del artículo 239.3 del Código Civil a los incapaces de hecho. Esta aplicación a los incapaces naturales no sólo determina la caracterización jurídica de la figura, sino también la extensión de su contenido, que, según LEGERÉN, no puede identificarse con el de la tutela administrativa de los menores, sino que más limitadamente consiste en la prestación de servicios sociales necesarios para salir del desamparo. La negativa a considerar esta tutela-protección como tutela ordinaria lleva al autor a negarle la posible aplicación de la normativa tutelar del Código Civil. Finaliza su estudio analizando el significado de los términos «por ministerio de la ley», referidos a su modo de constitución.

En la cuarta —y última— parte, el profesor LEGERÉN, tras el estudio pormenorizado a lo largo del libro del artículo 239.3 del Código Civil y de la tutela de los incapaces por la entidad pública, cierra la obra con una valoración crítica del citado precepto, destacando la deficiente técnica con que se redactó y su llamativa indeterminación. Advierte de que estamos ante una norma que no resuelve de forma técnicamente adecuada las necesidades que viene a colmar y que, en consecuencia, genera una problemática que la hace inoperativa. Por ello, propone que se delimiten nítidamente los dos supuestos de hecho a los que se refiere la norma, concretando los destinatarios de cada uno, y que se proceda a su desarrollo normativo.

Efectivamente, la mala técnica y la insuficiencia del tercer párrafo del artículo 239 del Código Civil convierten a la tutela de las personas con discapacidad, atribuida a la entidad pública, en una figura confusa a la que los estudiosos y aplicadores del Derecho no saben cómo acercarse, lo que redundará negativamente en la eficacia misma de la propia institución y, en consecuencia, en las personas cuya protección se pretendía. El profesor LEGERÉN ha asumido el reto de arrojar luz en medio de esta opacidad. Con las escasas y defectuosas herramientas que proporciona el precepto, ha llevado a cabo una construcción de la tutela de las entidades públicas que constituye una interesante —aunque no compartida por todos— propuesta hermenéutica, proponiendo, además, cambios en el precepto a los efectos de mejorarlo. Todo ello lo hace, además de sistemáticamente —como ya he apuntado al inicio—, con una depurada técnica de análisis y con una minuciosidad que le llevan a valorar las cuestiones no sólo en profundidad, sino desde todas las ópticas posibles. Merece la pena destacar también, por último, la extraordinaria labor de documentación que subyace en la elaboración de la obra, como lo demuestran la exhaustiva bibliografía y la abundante jurisprudencia empleadas. Por todo ello, el libro del profesor LEGERÉN resulta de lectura obligada para quienes deseen acercarse al conocimiento del artículo 239.3 del Código Civil y a la tutela que regula.

REVISTA DE REVISTAS

ACTUALIDAD ADMINISTRATIVA

Número 4 (Abril de 2013)

«La relevancia de las funciones sociales de los partidos políticos en el ámbito democrático contemporáneo», por Ángel RODRÍGUEZ LÓPEZ, pág. 490.

«Comentario a la STC 20/2013, de 31 de enero, relativa a la documentación del Archivo General de la Guerra Civil Española: una sentencia con desmemoria histórica y poco sentido jurídico... común», por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 497.

«¿Puede un funcionario interino ser instructor en un procedimiento sancionador?», por Álvaro CORTÉS MORENO, pág. 504.

«La figura del profesor contratado doctor y las Comunidades Autónomas», por José Ignacio SARMIENTO LARRAURI, pág. 515.

Número 5 (Mayo de 2013)

«La publicidad y la promoción de hábitos alimentarios saludables en la Ley de seguridad alimentaria y nutrición», por Nuria AMARILLA MATEU, pág. 628.

«El derecho a la retasación en la doctrina del Tribunal Supremo. Efectos de la modificación operada por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, a esta figura», por Montserrat CUNILLERA, pág. 646.

«La subasta electrónica; una avanzada técnica de adjudicación de contratos públicos que empieza a envejecer casi inédita», por Carmen LORENZO OLEA, pág. 656.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 4 (Abril de 2013)

«La reforma del Derecho de Familia en Francia», por Daniel BORRILLO y Jesús FLORES RODRÍGUEZ, pág. 444.

«Daños causados como consecuencia de la masificación en espectáculos deportivos», por Víctor Manuel SELIGRAT GONZÁLEZ, pág. 472.

«El testamento: validez y revocación», por Agustín ROMERO PAREJA, pág. 488.

«El retracto de coherederos del artículo 1067 del Código Civil», por Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. 499.

Número 5 (Mayo de 2013)

«La nueva noción del matrimonio: vista por el Tribunal Constitucional», por Cristina Victoria LÓPEZ HERNÁNDEZ, pág. 591.

«El concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», por Jesús ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, pág. 604.

«Propiedad intelectual y docencia universitaria», por Fernando BONDÍA ROMÁN, pág. 628.

CRÓNICA TRIBUTARIA

Número 146 (2013)

«Luces y sombras en torno a la nueva declaración tributaria especial: ¿un supuesto de regularización próximo a la amnistía fiscal?», por Juan CALVO VÉRGEZ, pág. 7.

«Fiscalidad y energías renovables. Especial problemática de la energía eólica», por Daniel CASAS AGUDO, pág. 45.

«Neutralidad e incentivos de las inversiones financieras en el IRPF tras la Ley 35/2006», por Félix DOMÍNGUEZ BARRERO, pág. 85.

«Nacionalidad, domicilio social y residencia fiscal de las sociedades mercantiles (I)», por Antonio DOMÍNGUEZ PUNTAS, pág. 119.

«La residencia fiscal y el Derecho Comunitario», por Francisco Alfredo GARCÍA PRATS, pág. 153.

«Instrumentos clave en la lucha contra el fraude: la importancia de la educación fiscal», por J. A. MARTÍNEZ ÁLVAREZ, y A. B. MIQUEL BURGOS, pág. 179.

«Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de información», por Saturnina MORENO GONZÁLEZ, pág. 193.

«El régimen alemán de limitación de la deducibilidad de gastos financieros (*Zinsschranke*)», por Ulrich NIEHUS, Helmuth WILKE y Alexander MÜLLER, pág. 221.

CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO

Número 58 (Diciembre 2012)

«La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica», por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, pág. 13.

«La posición jurídica del administrador con cargo caducado», por Luis HERNANDO CEBRIÁ, pág. 211.

«Las nuevas funciones de las cuentas en participación», por Arantza MARTÍNEZ BALMASEDA, pág. 249.

«La autorregulación de la firma digital: las declaraciones de prácticas y las políticas de certificación», por David LÓPEZ, pág. 271.

«La responsabilidad de los socios de una sociedad en formación por actos no incluidos en el objeto social», por Carlos PÉREZ RAMOS, pág. 303.

«Adquisición onerosa de participaciones propias, reducción de capital y protección de acreedores», por José María GÓMEZ-RIESGO TABERNERO DE PAZ, pág. 315.

DIARIO LA LEY

Número 8045 (18 de marzo de 2013)

La privación del derecho a conducir y la pérdida de vigencia del permiso de conducción en el ámbito de la Unión Europea», por Rubén MUÑOZ GARRIDO.

Número 8046 (19 de marzo de 2013)

«El nuevo delito de administración desleal», por José Luis MANZANARES SAMANIEGO.

Número 8047 (20 de marzo de 2013)

«La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)», por José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE.

Número 8049 (22 de marzo de 2013)

«Seguridad jurídica, confianza legítima y plazo de autoliquidación e ingreso del Impuesto sobre Sociedades», por José Alberto SANZ DÍAZ-PALACIOS.

Número 8050 (25 de marzo de 2013)

«Nacionalidad y Registradores de la Propiedad. Una curiosa combinación», por
María Elena COBAS COBIELLA.

Número 8051 (26 de marzo de 2013)

«La imprudencia médica. Imprudencias hospitalarias punibles», por María Lourdes SOTO RODRÍGUEZ.

Número 8052 (27 de marzo de 2013)

«Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal»,
por José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO e Isaac MERINO JARA.

Número 8053 (2 de abril de 2013)

«Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», por Rafael ALCÁ CER GUIRAO.

Número 8054 (3 de abril de 2013)

«El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas», por Luis Fernando BARRIOS FLORES.

Número 8055 (4 de abril de 2013)

«La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia», por Antonio J. VELA SÁNCHEZ.

Número 8056 (5 de abril de 2013)

«¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012», por
María Isabel GRIMALDOS GARCÍA.

Número 8057 (8 de abril de 2013)

«Sinalagma y concurso de acreedores», por Enrique SANJUÁN Y MUÑO.

Número 8058 (9 de abril de 2013)

«El incumplimiento de deberes conyugales como causa de desheredación», por Aurelia María ROMERO COLOMA.

Número 8060 (11 de abril de 2013)

«El museo como servicio de interés general no económico», por Ramón MACÍÁ BOBES.

Número 8061 (12 de abril de 2013)

«La utilización de psicóticos y narcóticos como medio comisivo del delito de robo con violencia o intimidación», por Viviana CARUSO FONTÁN.

Número 8063 (16 de abril de 2013)

«El juicio de credibilidad en las declaraciones testificales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas», por Julio LEAL MEDINA.

Número 8064 (17 de abril de 2013)

«La representación procesal: análisis jurídico de una controversia», por Fernando JAVIER CREMADES.

Número 8066 (19 de abril de 2013)

«Exigencia por los notarios de la licencia de primera ocupación», por Juan Miguel ALCÁZAR AVELLANEDA.

Número 8068 (23 de abril de 2013)

«El controvertido periplo judicial de la “doctrina Parot” (De la Sección 1.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al Tribunal de Estrasburgo)», por Javier NISTAL BURÓN.

Número 8070 (25 de abril de 2013)

«La “venta extrajudicial” de los bienes hipotecados por notario: una alternativa judicial», por Alberto MARTÍNEZ DE SANTOS.

Número 8072 (29 de abril de 2013)

«Costas procesales», por Álvaro GÓMEZ RODRÍGUEZ, pág. 8.

Número 8073 (30 de abril de 2013)

«Vulneración del derecho al honor en los casos de imputación a una persona de la condición de morosa», por Pedro CHAPARRO MATAMOROS.

Número 8074 (2 de mayo de 2013)

«Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopistas», por A. GUTIÉRREZ GILSANZ.

Número 8075 (3 de mayo de 2013)

«Consideraciones sustantivas y procesales sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial de bienes hipotecados», por Antonio STEFEL MORENO.

Número 8078 (8 de mayo de 2013)

«Los costes de la justicia en España: una evaluación desde la perspectiva económica», por Alberto VAQUERO GARCÍA.

Número 8079 (9 de mayo de 2013)

«La respuesta jurisprudencial a la protección de los derechos de los ciudadanos contenidos en el artículo 35 de la Ley 30/1992», por José Ignacio CARNERO SOBRADO.

Número 8080 (10 de mayo de 2013)

«Novedades en los delitos de amenazas y coacciones, según el Anteproyecto de reforma del Código Penal», por José L. MANZANARES SAMANIEGO.

Número 8081 (13 de mayo de 2013)

«La nueva reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social», por Luis APARICIO DÍAZ.

Número 8082 (14 de mayo de 2013)

«SITEL: nuevas tendencias, nuevos retos», por José Luis RODRÍGUEZ LAINZ.

Número 8084 (16 de mayo de 2013)

«Primeras reflexiones sobre el nuevo Anteproyecto de reforma de la LEC», por Vicente MAGRO SERVET.

Número 8085 (17 de mayo de 2013)

«Análisis crítico del Anteproyecto de reforma del Código Penal en materia de crímenes de derecho internacional», por Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ.

Número 8086 (20 de mayo de 2013)

«El proceso penal como sistema de garantías (I): la imparcialidad del juez en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta del Código Procesal Penal», por Juan José LÓPEZ ORTEGA e Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.

Número 8087 (21 de mayo de 2013)

«Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos», por M.^a José ACHÓN BRUÑÉN.

Número 8088 (22 de mayo de 2013)

«La sentencia del Tribunal de Luxemburgo relativa a la lucha contra las cláusulas abusivas (I)», por Carlos BALLUGERA GÓMEZ.

Número 8089 (23 de mayo de 2013)

«El ruido y su respuesta jurisprudencial a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», por José Ignacio CARNERO SOBRADO.

Número 8091 (27 de mayo de 2013)

«El proceso penal como sistema de garantías (II). La dirección de la investigación en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Procesal Penal», por Juan José LÓPEZ ORTEGA e Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.

Número 8092 (28 de mayo de 2013)

«Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II)», por Carlos BALLUGERA GÓMEZ.

Número 8093 (29 de mayo de 2013)

«Limitación del derecho de los ciudadanos a participar en la Administración de Justicia. El Tribunal del Jurado», por Jesús SEOANE CACHARRÓN.

Número 8094 (30 de mayo de 2013)

«Innovación tecnológica y productividad empresarial: posibilidades y límites en un contexto económico de crisis», por Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO.

Número 8095 (31 de mayo de 2013)

«La utilización de la lengua de signos en el acceso a la función pública y en la atención por parte de los servicios públicos», por María Dolores RUBIO DE MEDINA.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO AMBIENTAL

Número 23 (Septiembre-Diciembre 2012)

«Retrospectiva de la crisis ambiental en el estado de las autonomías», por Fernando LÓPEZ RAMÓN, pág. 17.

«Hacia un convenio mundial sobre las evaluaciones ambientales», por José JUSTE RUIZ, pág. 33.

«La justificación de la renovación en ciernes de la legislación territorial y urbanística valenciana (un nuevo intento para compatibilizar crecimiento y desarrollo sostenible)», por Juan José Díez SÁNCHEZ, pág. 51.

«Derecho administrativo y sostenibilidad ambiental: 35 años de un desarrollo doctrinal sin precedentes», por Francisco Javier SANZ LARRUGA, pág. 81.

«El futuro del Derecho ambiental», por Jesús JORDANO FRAGA, pág. 117.

«La exigencia administrativa de responsabilidad por daños al medio ambiente», por Íñigo SANZ RUBIALES, pág. 147.

«La planificación hidrológica en España», por Isabel CARO-PATÓN CARMONA, pág. 177.

«Los principios de la política de residuos», por José Francisco ALENZA GARCÍA, pág. 215.

«Régimen del almacenamiento geológico de dióxido de carbono y de la gestión de su dinámica problema-solución-nuevo riesgo ambiental», por Ángel M.^a RUIZ DE APODACA ESPINOSA, pág. 259.

«Novedades, incentivos y problemas jurídicos del sistema europeo de gestión y auditoría medioambiental» (EMAS III)», por René Javier SANTAMARÍA ARINAS, pág. 293.

«Las aguas subterráneas en el nuevo procedimiento de planificación hidrológica: análisis del esquema de temas importantes de la demarcación hidrográfica del segura», por Santiago M. ÁLVAREZ CARREÑO y Sonia M. HERNÁNDEZ LÓPEZ, pág. 343.

«Aspectos jurídicos de los espacios naturales de la región de Murcia en el siglo XXI», por Blanca SORO MATEO, pág. 383.

«Implicaciones del Convenio de Aarhus en la legislación sobre acceso a la justicia de los Estados: la sentencia “Trianel” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de mayo de 2011, C-115/09», por Eduardo SALAZAR ORTUÑO, pág. 413.

«Red Natura 2000: régimen de intervención ambiental y derechos de los particulares», por Olga SERRANO PAREDES, pág. 433.

«La revalorización de las mejores técnicas disponibles en la Directiva de Emisiones Industriales: un estándar mínimo en la Unión», por Inmaculada REVUELTA PÉREZ, pág. 471.

Número 24 (Enero-Abril 2013)

«El acuerdo sobre el sistema del acuífero guaraní de 2 de agosto de 2010 en el marco de la incipiente regulación general de las aguas subterráneas transfronterizas», por Antonio EMBID IRUJO, pág. 31.

«Los suelos históricamente contaminados: Comentario de algunas Resoluciones Jurisprudenciales recientes», por Carlos PADRÓS REIG, pág. 55.

«Pago por servicios ambientales (PSA) en el Derecho europeo y en el Derecho interno español. Apuntes sobre su situación actual y perspectivas», por Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 81.

«La idea de gobernanza ambiental aplicada a las cuencas hidrográficas», por Amparo SERENO, pág. 129.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO PATRIMONIAL

Número 30 (Enero-Abril 2013)

«La marca de garantía como signo de reputación y garante de la demanda cautiva», por María Isabel ÁLVAREZ VEGA, pág. 23.

«Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», por Adela SERRA RODRÍGUEZ, pág. 63.

«Consideraciones sobre el proyecto de ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas», por Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, pág. 95.

«Prevención de riesgos y reparación de daños por organismos modificados genéticamente en el Derecho español y comunitario», por Ana CARRETERO GARCÍA, pág. 131.

«El desarrollo de la prohibición de no discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia», por Francisco J. INFANTE RUIZ, pág. 169.

«Comunidad postganancial, comunidad hereditaria y usucapión», por Sonia RODRÍGUEZ LLAMAS, pág. 199.

REVISTA ARANZADI DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS Número 31 (Enero-Abril 2013)

- «Elaboración de reglas de Naciones Unidas sobre solución de controversias por vía telemática», por Agustín MADRID PARRA, pág. 19.
- «La protección de los derechos de autor de las fotografías y la prestación del consentimiento», por Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ, pág. 47.
- «La inobservancia de documentos de buenas prácticas voluntariamente asumidos en beneficio del consumidor y/o usuario en internet: consecuencias legales y posibles acciones al respecto», por David LÓPEZ JIMÉNEZ, pág. 75.
- «Del sistema *opt out* al *opt in* en la recopilación de datos. Repercusión en la difusión promocional personalizada», por Trinidad VÁZQUEZ RUANO, pág. 105.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO Número 61 (Julio-Diciembre 2012)

- «Especialidades de los contratos privados como instrumentos para la organización, gestión y actividad en el ámbito de la empresa agraria», por Pablo AMAT LLOMBART, pág. 15.
- «Las competencias de abastos hasta la adhesión a la Unión Europea. Policía de abastos y policía sanitaria», por Pedro DÍAZ PERALTA, pág. 51.
- «El control del sistema agroalimentario de la Unión Europea», por Pilar GIL ADRADOS, pág. 63.
- «El nuevo estatuto jurídico de la coparticipación en la actividad agraria», por Esther MUÑIZ ESPADA, pág. 103.
- «El contrato de explotación territorial como instrumento para el reconocimiento de los servicios ambientales de la agricultura», por María del Mar MUÑOZ AMOR, pág. 129.
- «La situación jurídica del agua en Canadá. Nuevas concepciones para nuevas problemáticas con especial referencia a la provincia de Quebec», por Leonardo FABIO PASTORINO, pág. 161.

REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL Número 129 (Enero-Marzo 2013)

- «Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías», por Juana Pulgar Ezquerro, pág. 7.

«Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias», por Fernando ZUNZUNEGUI, pág. 35.

«La cuenta corriente a la luz de la Ley de Servicios de Pago (y de las normas de transparencia)», por María Concepción PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, pág. 77.

«Estudio jurídico de la ética profesional en el mercado de valores», por Carmen ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, pág. 103.

REVISTA DE DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Número 43 (Septiembre-Diciembre 2012)

«La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea», por Joan David JANER TORRENS, págs. 773-806.

«Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España», por Mercedes SOTO MOYA, págs. 807-847.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 287 (Enero-Marzo 2013)

«Notas sobre convocatoria e información previa a la junta en la sociedad cotizada española», por Francisco VICENT CHULIÁ, pág. 29.

«Crisis económica y gobierno corporativo», por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, pág. 63.

«La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios», por Carmen ALONSO LEDESMA, pág. 89.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Enero-Febrero 2013)

«La Revista de Derecho Privado cumple su centenario», por Silvia DÍAZ ALABART, pág. 3.

«El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», por Áurea RAMOS MESTRE, págs. 5-34.

«La transmisión *inter vivos* de la propiedad de vehículos a motor en Cuba, según el Decreto 292/2011: el agua siempre vuelve a su cauce», por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, págs. 35-60.

«Acerca del complemento de convocatoria de junta general», por Aránzazu PÉREZ MORIONES, págs. 61-88.

(Marzo-Abril 2013)

- «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», por Silvia DÍAZ ALABART, págs. 3-24.
- «Constitucionalidad de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual: un ejemplo —hoy— de interpretación sociológica o evolutiva, fundada en razones de igualdad», por Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, págs. 25-86.
- «La defensa del Derecho Privado frente a la globalización económica», por Ricardo ZELEDÓN ZELEDÓN, págs. 87-124.
- «El “texto de viabilidad” y el reglamento opcional sobre la compraventa», por Guido ALPA, págs. 125-132.

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO Y MEDIO AMBIENTE

Número 280 (Marzo 2013)

- «Estudio de reciente jurisprudencia en materia de planeamiento urbanístico», por Álvaro JIMÉNEZ BUESO, pág. 13.
- «Procedimiento administrativo y suspensión cautelar de planes urbanísticos (reflexiones a la vista de los conflictos sobre existencia y disponibilidad de recursos hídricos)», por Jorge AGUDO GONZÁLEZ, pág. 45.
- «La contratación de la obra de urbanización en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», por Julio TEJEDOR BIELSA, pág. 103.
- «La imposibilidad de desistir de la tramitación de un instrumento de planeamiento una vez elevado para su aprobación definitiva: comentario crítico a la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2009», por Marcos PUCHALT RUIZ, pág. 133.
- «Apuntes de jurisprudencia registral (XI)», por Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 141.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 159 (Enero-Marzo 2013)

- «La caracterización de la teología política de Carl Schmitt por parte de Heinrich Meier», por Hugo Eduardo HERRERA, págs. 13-37.
- «Modelos de democracia paritaria desde una óptica comparada», por Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, págs. 39-76.

- «Percepciones contrarrevolucionarias. Octubre de 1934 en el epistolario del general Sanjurjo», por Fernando DEL REY, págs. 77-105.
- «La política judicial del Tribunal Constitucional español en los procesos de ratificación de Tratados de la Unión Europea: aproximación desde un nuevo realismo jurídico», por Pablo José CASTILLO ORTIZ, págs. 107-138.
- «Crítica de la noción de zona de indiferencia como origen de la política: unos apuntes topológicos acerca de la metapolítica de Giorgio Agamben», por Jorge USCATESCU BARRÓN, págs. 139-164.
- «Un mundo “pequeño”, otro mundo “grande”: el discurso de género del Nacionalsocialismo», por Jesús CASQUETE, págs. 165-201.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO Número 157 (Enero-Marzo 2013)

- «Del FROB y los “stress tests”: aportaciones de la crisis a la teoría sobre las formas de actividad de la Administración», por Marcos VAQUER CABALLERÍA, pág. 23.
- «La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador», por Prudencio MORENO TRAPIELLA, pág. 49.
- «Agua, trasvases y medio ambiente. Los aspectos ambientales de los trasvases», por Sebastián Félix UTRERA CARO, pág. 85.
- «El Derecho administrativo ante la crisis», por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, pág. 117.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO Número 157 (Enero-Marzo 2013)

- «La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España», por Antonio LÓPEZ DÍAZ, pág. 27.
- «La inserción de la llamada amnistía fiscal en nuestro ordenamiento jurídico», por Luis María CAZORLA PRIETO, pág. 73.
- «La doctrina estadounidense de la sustancia económica como norma general antiabuso en materia tributaria: análisis jurídico de su codificación», por Jorge MARTÍN LÓPEZ, pág. 105.
- «La sostenibilidad de las pensiones públicas y su conexión con los planes de pensiones privados en la Unión Europea», por Juan Ignacio GOROSPE OVIEDO, pág. 151.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO Número 173 (Julio-Diciembre 2012)

- «La vida de especial consagración y la sinodalidad en la iglesia particular», por Raúl BERZOSA MARTÍNEZ, págs. 505-529.
- «Principios para una “adecuada reorganización” de la Vida Consagrada», por Vicente JIMÉNEZ ZAMORA, págs. 531-543.
- «La formación común a distintas provincias o institutos en la perspectiva de los formadores», por Luis María GARCÍA DOMÍNGUEZ, págs. 545-572.
- «Reestructuración de organismos mediante una confederación», por Manuel A. TAMARGO, págs. 573-583.
- «Reorganización de hospitales, centros asistenciales y pastoral de la salud», por José Carlos BERMEJO, págs. 585-612.
- «Supresión, unión y fusión de monasterios. Aspectos jurídicos y pastorales», por Luis GARCÍA MATAMORO, págs. 613-628.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Número 97 (Enero-Abril 2013)

- «Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?», por Carles VIVER PI-SUNYER, págs. 13-44.
- «Relaciones intergubernamentales de carácter vertical en el Estado autonómico: el ser, el deber ser y posibles retos de futuro», por Eva SÁENZ ROYO, págs. 45-71.
- «De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», por Fernando SIMÓN YARZA, págs. 73-113.
- «Competencias autonómicas de ejecución e inspección de trabajo: asimetrías territoriales e igualdad de derechos», por Ignacio GARCÍA VITORIA, págs. 115-148.

REVISTA ESPAÑOLA DE FINANCIACIÓN Y CONTABILIDAD Número 157 (Enero-Marzo 2013)

- «Después de la crisis: cómo recuperar la confianza en los negocios y las finanzas», por W. DEBONDT, pág. 13.
- «Propuesta de una función de valoración para clientes de banca privada», por Andrea LIPPI, pág. 39.

- «Efecto imitación en la distribución geográfica de la cartera de fondos globales», por Cristina ORTIZ, José L. SARTO y Luis VICENTE, pág. 63.
- «La aversión a las “pérdidas percibidas” y la selección de prestatarios: un experimento», por Benoit BEDIU, Irene COMEIG, Ainhoa JARAMILLO-GUTIÉRREZ y David SANDER, pág. 83.
- «La toma de decisión en las finanzas del comportamiento: estado de la cuestión a partir de los trabajos seleccionados», por Werner DEBONDT, Rosa M. MAYORAL y Eleuterio VALIDADO, pág. 99.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA Número 1 (Enero-Marzo 2013)

- «El honor, la intimidad y la propia imagen de los personajes famosos en las más recientes sentencias de los tribunales», por Juan José BONILLA SÁNCHEZ, pág. 7.
- «Daños por contagio de enfermedades infectocontagiosas e infecciones intrahospitalarias en servicios de salud», por Lidia María Rosa GARRIDO CORDOBERA y Sergio SEBASTIÁN BAROCELLI, pág. 33.
- «Sobreendeudamiento y vivienda familiar», por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS, pág. 49.
- «Fideicomiso constituido por testamento: una mirada desde el Derecho latinoamericano», por Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, pág. 87.

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO Número 81 (Enero-Marzo 2013)

- «Crisis y derecho de sociedades: nuevos problemas y respuestas», por Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, pág. 9.
- «El legado de crédito (Primera parte)», por Juan-Faustino DOMÍNGUEZ REYES, pág. 59.
- «La escisión de sociedades mercantiles», por Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, pág. 147.
- «Pactos sucesorios, pactos de familia y empresa agraria», por Esther MUÑOZ ESPADA, pág. 167.
- «Deberes y obligaciones del tutor en el Derecho tardomedieval», por Juan Alfredo OBARRO MORENO, pág. 225.
- «Una visión de la circulación internacional de documentos notariales desde el Derecho Documental. La Resolución de 22-2-2012, 285», por Rafael RIVAS ANDRÉS, pág. 285.

«La licencia urbanística de los complejos inmobiliarios privados (comentario del art. 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que regula el Texto Refundido de la Ley de Suelo)», por Francisco Javier RUIZ BURSÓN, pág. 483.

REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL (Enero-Marzo 2013)

«Quasi-contrats et enrichissement injustifié en Droit français», por Eric DESCHEE-MAEKER, pág. 1.

«De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué», por Jeremy ANTIPPAS, pág. 27.

RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE Número 1 (2013)

«Alberto Asquini Commissario straordinario Iri e Sergio Paronetto, responsabile della sede di Roma. Dal trasferimento dell'Iri a Milano (9 ottobre-12 novembre 1943) alla critica della "socializzazione delle imprese" (d.lgs. 12 febbraio 1944, n. 251)», por F. SANTONASTASO, pág. 1.

«La documentazione dell'attività d'impresa», por G. RACUGNO, pág. 47.

«La formazione del contratto bancario: i "requisiti organizzativi" tra protezione dei "soggetti deboli" ed efficienza del mercato creditizio», por S. CICCHINELLI, pág. 97.

«La riforma dei derivati "OTC" negli USA: dalle regole di common law al Dodd-Frank act», por G. ROMANO, pág. 137.

RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO Número 4 (Octubre-Diciembre 2012)

«La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese», por Antonio JANNARELLI, pág. 545.

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE Número 1 (Enero-Febrero 2013)

«La legge italiana conosce solofigli», por Cesare Massimo BIANCA, pág. 1.

- «Famiglia e Famiglie in Europa», por Vincenzo SCALISI, pág. 7.
- «Amministrazione e contralto nel sistema dualistico delle società bancarie», por Giuseppe B. PÓRTALE, pág. 25.
- «La causa del contralto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?», por Paoloefisio CORRÍAS, pág. 41.
- «La resistibile ascesa del contatto sociale», por Alessio ZACCARIA, pág. 77.

Número 2 (Marzo-Abril 2013)

- «La riforma dello status di filiazione», por Antonio PALAZZO, pág. 245.
- «L'interpretazione delle clausole generali», por Salvatore PATTI, pág. 263.
- «Vendita e rirnedi nel diritto tedesco: dalla "garanzia" all'inadempimento», por Roberto CALVO, pág. 297.
- «Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione», por Vincenzo ZENOZENCOVICH, pág. 309.
- «Código civile e diritto commerciale», por Paolo SPADA, pág. 331.

RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE

Número 4 (2012)

- «Interesse sociale e business judgment rule», por C. ANGELICI, pág. 573
- «Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società», por F. GUERRERA, pág. 589.
- «Il sovraindebitamento. Il regime italiano», por S. PACCHI, pág. 665.
- «Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria», por F. LUCIANI, pág. 719.

RIVISTA DI DIRITTO PROCESSUALE

(Enero-Febrero 2013)

- «Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito», por Francesco Paolo LUISO, pág. 1.
- «La nozione di indizio nel código di procedura pénale», por Fabio María GRIFANTINI, pág. 12.
- «L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.», por Michele FORNACIARI, pág. 32.

«Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza técnica preventiva ai fini della composizione della lite», por Titina María PEZZANI, 44.

«Processo pénale cumulativo e “patteggiamento parziale”, por Silvia FASOLIN, pág. 64.

«Compatibilità dell'intervento iussu iudicis con le preclusioni del giudizio di primo grado», por Valerio MONTELEONE, pág. 78.

RIVISTA DELLE SOCIETÁ (Enero-Febrero 2013)

«Diritto civile e diritto commerciale. II método del diritto commerciale in Italia», por Mario LIBERTINI, pág. 1.

«Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma», por Paolo MONTALENTI, pág. 42.

«Problemi giuridici in tema di valutazione delle azioni del socio recedente: un confronto tra diritto tedesco e diritto italiano», por Marco MAUGERI-HOLGER FLEISCHER, pág. 78.

«Attivismo degli azionisti, voto di lista e azione di concerto», por Chiara MOSCA, pág. 118.

«Conflicts of Interest in Modern Financial Markets: The Case of Empty Voting», por Alessio D. SCANO, pág. 163.

«Tullio Ascarelli avvocato», por Mario Stella RICHTER jr., pág. 190.

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE (Marzo 2013)

«Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso», por Salvatore PATTI, pág. 1.

«La forma dei contratti aventi ad oggetto servizi assicurativi commercializzati a distanza», por Paolo GACGERO, pág. 25.

«L'esecutorietà delle sentenze e l'opposizione nel regolamento n. 44 del 2001 e le recenti modifiche», por Federico CARPI, pág. 59.

«L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela», por Ilaria PAGNI, pág. 75.

«Profili attuali del procedimento per ingiunzione», por Elena ZUCCONI GALLI FONSECA, pág. 103.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría

- Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:
 - Nombre y dos apellidos autor/es.
 - Grado académico o situación profesional del autor/es.
 - Dirección y filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
 - Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento

- Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:
 - Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en inglés.
 - A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el 1.1.
 - Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
 - Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
 - Resumen del artículo en inglés (abstract).
 - Palabras clave en inglés (key words).

1.3. Extensión:

- Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
- Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

- Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
- Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (sin negritas ni subrayados).
- Las notas al pie en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I.
- II. 1.
- III. 1. A)
- IV. 1. A) a)
- V. 1. A) a) a')

- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:

- I. ...
- II. ...
- III. ...

- Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002.

- Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: Publication Manual of the American Psychological Association, disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ejemplo: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del libro. Ciudad: Editorial (págs. inicial y final).

Ejemplo: PARRA JIMÉNEZ, M.^a Á. (2000). Comentario al artículo 211. En: J. Rams Albesa (coord.), Comentario al Código Civil, Tomo II, vol. 2.^o Barcelona: Bosch (págs. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, número de la revista, páginas inicial y final.

Ejemplo: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, págs. 373-401.

— *Documento electrónico:*

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [en línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ejemplo: GÓMEZ POMAR, F. (2001). «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», en *Indret* [en línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ejemplo: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

— Tanto las citas con referencia bibliográfica como las citas al pie de página que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.